



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2007

Der Fall Ashley oder von Grenzen und Massstäben elterlicher Entscheidungskompetenz

Michel, Margot

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-101892>
Book Section

Originally published at:

Michel, Margot (2007). Der Fall Ashley oder von Grenzen und Massstäben elterlicher Entscheidungskompetenz. In: Dörr, Bianka S; et al. Biomedizinrecht: Herausforderungen, Entwicklungen, Perspektiven. Zürich: Dike Verlag, 141-174.

Der Fall Ashley oder von Grenzen und Massstäben elterlicher Entscheidungskompetenz

*Margot Michel**

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| I. Der Fall Ashley – Was war passiert? | 141 |
| II. Kinder als Patienten – Die Rechtslage in der Schweiz | 143 |
| A. Grundsatz: Gleiche Rechte für Kinder und Erwachsene | 143 |
| B. Urteilsfähigkeit als Schwellenkonzept | 144 |
| III. Urteilsfähige minderjährige Patienten | 146 |
| IV. Urteilsunfähige minderjährige Patienten | 151 |
| A. Der gesetzliche Vertreter als Entscheidungsträger | 151 |
| B. Schranken elterlicher Vertretungsrechte | 152 |
| 1. Absolut höchstpersönliche Rechte | 152 |
| 2. Mitspracherechte des Kindes | 154 |
| 3. Kindeswohl | 155 |
| a) Kindeswohl als Leitprinzip des Kindesrechts | 155 |
| b) Bedeutung des Kindeswohls im medizinischen Kontext | 157 |
| C. Und wenn die Schranken elterlicher Entscheidungskompetenz übertreten werden? | 164 |
| V. Neuere Entwicklungen | 165 |
| VI. Und das Fazit für den Fall Ashley? | 167 |

I. Der Fall Ashley – Was war passiert?

Vor einigen Monaten warf der «Fall Ashley» hohe Wellen in der Öffentlichkeit. Ein seit seiner Geburt schwerstbehindertes und praktisch vollständig bewegungsunfähiges amerikanisches Mädchen¹ wurde im Alter von sechs Jahren einer Hysterektomie² und einer beidseitigen Mastektomie³ unterzogen. Zudem wurden dem Kind Hormone

* Lic. iur., Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Privatrecht von Prof. Dr. Andrea Bächler, Universität Zürich.

¹ Ashley leidet an statischer Enzephalopathie, einer Hirnschädigung, deren Ausmass sich nicht verändert und bei der eine ursächliche Therapie nicht möglich ist. Ashley befindet sich geistig etwa auf dem Stand eines drei Monate alten Babys. Es sind, wenn überhaupt, nur minimale Fortschritte zu erwarten; vgl. zur Geschichte von Ashley und zum medizinischen Hintergrund ihrer Erkrankung <<http://www.aerztezeitung.de/docs/2007/01/17/008a1401.asp?cat=>>> (besucht am 20. August 2007); GERSTE, Ethisches Dilemma, 94.

² Operative Entfernung der Gebärmutter.

³ Operative Entfernung des Brustgewebes.

(Östrogene) verabreicht, um das weitere Wachstum zu hemmen. Der Behandlung hatte vorgängig eine vierzigköpfige Ethikkommission zugestimmt⁴.

Die Eltern, welche diese Behandlung iniiziert hatten, begründeten die medizinischen Eingriffe damit, dass Ashley überdurchschnittlich stark gewachsen sei und ohne diese Massnahmen schon bald zu gross und zu schwer geworden wäre, als dass sie noch in der Lage gewesen wären, sie selber zuhause zu pflegen. Ashley wäre dann noch immobiler und würde weniger bewegt als zum jetzigen Zeitpunkt, weil sie nicht mehr herumgetragen werden könnte. Dadurch würde sich die Gefahr des Auftretens von Druckstellen erhöhen. Die Hysterektomie sei notwendig gewesen, um Ashley die Menstruation und die damit verbundenen Schmerzen zu ersparen. Die Mastektomie schliesslich diene dem Zweck, Ashley Druckstellen zu ersparen, wenn sie – wie dies offenbar familiär gehäuft auftrat – sehr grosse Brüste entwickeln würde. Ausserdem gebe es ein familiär erhöhtes Risiko für Brustkrebs⁵. Die Eltern stützen sich in ihrer Begründung der Behandlung, welche sie als «Ashley-Treatment» bezeichnen, auf die Menschenwürde von Ashley: Ohne den Eingriff könnte sie schon in naher Zukunft nicht mehr so stark in das Familienleben einbezogen werden und wäre viel stärker ans Bett gefesselt⁶. Über kurz oder lang wären die Eltern nicht mehr in der Lage, sie zuhause zu pflegen und müssten sie in fremde Hände geben. Zudem sei Ashley mental ein Kleinkind; deshalb sei ihr der Körper eines Kindes angemessener und wahre ihre Würde besser als der Körper einer erwachsenen Frau.

Nachdem die behandelnden Ärzte ihr Vorgehen in einer medizinischen Fachzeitschrift publik gemacht hatten (Ashley war unterdessen neun Jahre alt)⁷, ging in Amerika und in Europa, insbesondere in Deutschland, ein Aufschrei durch die Öffentlichkeit. Der an Ashley vorgenommene Eingriff wurde als Verstoss gegen ihre Menschenwürde angesehen, als Verstümmelung bezeichnet und das Recht auf Wachstum wurde postuliert. Zahlreiche Rechtswissenschaftler wurden angefragt, wie denn die Rechtslage in ihrem Lande sei und die meisten äusserten sich vehement dahingehend, dass ein Fall Ashley in ihrem Land undenkbar sei⁸.

⁴ Zum Fall Ashley aus ethischer Sicht LIAO/SAVULESCU/SHEEHAN, *The Ashley Treatment*, 16 ff.
⁵ GERSTE, *Ethisches Dilemma*, 94.

⁶ Die Eltern errichteten als Reaktion auf die grosse öffentliche Resonanz auf die Veröffentlichung der Behandlung eine Homepage, auf der sie ihre Sicht der Dinge darlegten: <www.ashleytreatment.spaces.live.com> (besucht am 20. August 2007).

⁷ GUNTHER DANIEL F./DIEKEMA DOUGLAS S., *Attenuating Growth in Children With Profound Developmental Disability. A New Approach to an Old Dilemma*, *Archives of Pediatrics & Adolescent Medicine* 2006; 160: 1013–1017; online einsehbar unter <<http://archpedi.ama-assn.org/cgi/content/short/160/10/1013>> (besucht am 20. August 2007).

⁸ Vgl. die Aussage von Prof. JOCHEN TAUPITZ in der *Ärzte Zeitung*, wonach die Behandlung in Deutschland ausgeschlossen gewesen wäre, da die Sterilisation von Minderjährigen verboten sei; <<http://www.aerztezeitung.de/docs/2007/01/17/008a1507.asp?cat=>>> (besucht am 20. August 2007); Insbesondere in der deutschen Debatte fällt auf, dass sich die Empörung hauptsächlich an der faktischen Sterilisation von Ashley entzündet, ein Umstand, der sich wohl

II. Kinder als Patienten – Die Rechtslage in der Schweiz

A. Grundsatz: Gleiche Rechte für Kinder und Erwachsene

Kinder sind grundsätzlich in gleichem Masse wie Erwachsene durch unsere Rechtsordnung geschützt⁹. Für den Bereich der medizinischen Behandlung bedeutet dies, dass Kinder und Jugendliche sowohl Träger der in der Verfassung garantierten Grundrechte sind, insbesondere der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und der Menschenwürde (Art. 7 BV)¹⁰, als auch in den Schutzbereich des zivil- und strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes fallen.

Der Fall Ashley macht indes die grosse Abhängigkeit, denen Kinder und Jugendliche im Bereich medizinischer Behandlung ausgesetzt sind, besonders deutlich. Denn obwohl Kinder grundsätzlich Träger der gleichen Rechte sind wie Erwachsene, ergeben sich auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung erhebliche Unterschiede¹¹. Die faktische Abhängigkeit der Kinder von ihren erwachsenen Bezugspersonen spiegelt sich in Rechtsregeln, welche den gesetzlichen Vertretern das Recht und die Pflicht zusprechen, für die Bedürfnisse des Kindes zu sorgen und die anstehenden Entscheidungen zu treffen¹², bis es dies eines Tages selber vermag¹³. Steht aber Eltern die alleinige Entscheidungskompetenz bezüglich medizinischer Eingriffe bei ihren minderjährigen Kindern zu und sind sie in ihrem Entscheidungsspielraum vollkommen frei? Wenn dem nicht so ist und das Recht der elterlichen Vertretungsmacht Grenzen setzt, fragt sich des Weiteren, nach welchen Kriterien medizinische Behandlungsentscheidungen für Kinder getroffen werden sollen. Spielen die konkreten Zukunftsaussichten des betroffenen Kindes eine Rolle oder wird nach einem abstrakten Standard entschieden? Den Fragen nach Umfang und Grenzen elterlicher Entscheidungsbefugnisse und nach den anzuwendenden Massstäben der Entscheidungsfindung soll im Folgenden nachgegangen werden.

mit den während des Zweiten Weltkrieges durchgeführten Zwangssterilisationen von Behinderten erklären lässt; dazu GERSTE, Ethisches Dilemma, 94, 96.

⁹ Art. 11 Abs. 1 ZGB: «Rechtsfähig ist jedermann.»; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 02.09; HÄNNI/BELSER, Die Rechte der Kinder, 139, 140.

¹⁰ Vgl. HÄNNI/BELSER, Die Rechte der Kinder, 139, 140.

¹¹ Vgl. LÜCKER-BABEL, UNO-Kinderrechtskonvention, 9, 11; So sind Kinder zwar rechtsfähig (Art. 11 ZGB), ihnen fehlt aber grundsätzlich die Handlungsfähigkeit (Art. 12 ZGB).

¹² Art. 296 Abs. 1 i.V.m. Art. 301 Abs. 1 und 2 und Art. 304 ZGB.

¹³ Vgl. dazu MANÄI, Pouvoir parental et droit médical, 197, wonach sich der Umfang der elterlichen Sorge umgekehrt proportional zur wachsenden Autonomie des Kindes verhalte.

B. Urteilsfähigkeit als Schwellenkonzept

Die schweizerische Rechtsordnung unterscheidet grundsätzlich nicht zwischen minderjährigen und volljährigen Patienten, sondern zwischen urteilsfähigen und urteilsunfähigen. Wer urteilsfähig ist, kann – nach erfolgter Aufklärung¹⁴ – alleine gültig in einen medizinischen Eingriff einwilligen oder diesen ablehnen¹⁵. Nur die gültige Einwilligung vermag gemäss herrschender Lehre und konstanter Rechtsprechung nach dem Grundsatz «volenti non fit iniuria» die Rechtswidrigkeit der Verletzung der körperlichen Integrität aufzuheben¹⁶. Die Schweiz folgt damit dem sogenannten «Informed Consent-Prinzip», welches auch in Deutschland und den USA zur Anwendung kommt¹⁷.

Die Einwilligung ist das Mittel, mit welchem der Patient seine Selbstbestimmung wahrnehmen kann¹⁸; einwilligen kann aber nur, wer urteilsfähig ist¹⁹. Das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper – definiert als die Fähigkeit, über Eingriffe in die körperliche Integrität frei entscheiden zu können²⁰ – knüpft somit an die Urteilsfähigkeit an. Entfällt die Urteilsfähigkeit, entfällt auch das Selbstbestimmungsrecht – der Patient kann nicht (mehr) selber entscheiden, sondern für ihn wird entschieden²¹. Einwilligung ist «aktualisierte Selbstbestimmung»²². Urteilsfähigkeit bildet somit die Schwelle zwischen Selbst- und Fremdbestimmung²³.

¹⁴ Aufklärung ist notwendige Voraussetzung einer gültigen Einwilligung; dazu WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119 ff. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

¹⁵ BERTRAND, Consentement, 89, 90.

¹⁶ Jeder medizinische Eingriff stellt nach konstanter Praxis des Bundesgerichts und herrschender Lehre sowohl im öffentlichen Recht als auch im Zivilrecht und im Strafrecht einen unzulässigen Eingriff in die physische (und evt. psychische) Integrität dar, welcher der Rechtfertigung durch die Einwilligung des betroffenen Rechtsgutträgers bedarf; vgl. für das öffentliche Recht BGE 127 I 6, 17; SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, N 18; für das Strafrecht BGE 99 IV 208 ff.; bestätigt in BGE 124 IV 258, 260; REHBERG, Arzt und Strafrecht, 303, 304 f.; für das Privatrecht BGE 117 Ib 197, 201; BRÜCKNER, Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs, 451, 455 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 12.49; MANAI, Droits du patient, 31; a.M. HONSELL, Aufklärung, 401, 403.

¹⁷ Das Bundesgericht anerkannte in BGE 105 II 284 erstmals ausdrücklich das Prinzip des Informed Consent; seither wurde die Rechtsprechung laufend verfeinert; vgl. dazu die Zusammenfassung bei GUILLOD, Le droit médical, 25, 31 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung. Trotz Unterschieden in der konkreten Ausgestaltung stimmen die Grundzüge des Informed Consent-Prinzips in den verschiedenen Rechtsordnungen überein.

¹⁸ Vgl. WIEGAND, Standortbestimmung, 149, 151.

¹⁹ THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 1.

²⁰ Vgl. WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 121.

²¹ Anders als hier grenzt BRÜCKNER, Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs, 451, 460, die Selbstbestimmungsfähigkeit von der Urteilsfähigkeit ab.

²² GROSS, Persönliche Freiheit, 139.

²³ THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 2.

Urteilsfähigkeit wird umschrieben als die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln²⁴. Sie ist in zeitlicher und sachlicher Hinsicht relativ²⁵ und wird in der Regel vermutet (Art. 16 ZGB)²⁶. Insbesondere bei kleineren Kindern oder schwerwiegenden Eingriffen muss eine allfällig vorhandene Urteilsfähigkeit jedoch positiv begründet werden²⁷, da ansonsten der mit dem Konzept der Urteilsfähigkeit angestrebte Schutz illusorisch würde. Im medizinischen Kontext bedeutet Urteilsfähigkeit einerseits die Fähigkeit, die Bedeutung und die Tragweite des konkret geplanten medizinischen Eingriffs für das eigene Leben und die eigene Gesundheit zu verstehen und die Vor- und Nachteile abwägen zu können²⁸ und andererseits die Fähigkeit, sich gemäss dem eigenen Willen verhalten zu können, also die Zustimmung zu erteilen oder – gegebenenfalls entgegen dem ärztlichen Rat – zu verweigern²⁹. Urteilsfähigkeit ist im konkreten Fall zu bejahen oder zu verneinen; es gibt keine Abstufungen³⁰.

Zum Teil wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass generell bei der Ausübung höchstpersönlicher Rechte nur reduzierte Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen seien oder dass zumindest bei der Verweigerung eines medizinischen Eingriffs tiefere Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen seien als bei der Einwilligung³¹. Aufgrund der überaus schwerwiegenden Konsequenzen, die mit einer Einwilligung, aber auch mit einer Verweigerung³² eines medizinisch indizierten Eingriffs verbunden sein können, ist diese Ansicht jedoch nicht zu unterstützen³³. Die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit haben sich allein nach dem in Frage stehenden Eingriff zu richten.

Aus der Relativität der Urteilsfähigkeit folgt für den behandelnden Arzt eine gewisse Rechtsunsicherheit: Verneint er die Urteilsfähigkeit eines minderjährigen Patienten zu Unrecht und stützt sich bei der Behandlung allein auf die elterliche Einwilligung, handelt er ohne ausreichenden Rechtfertigungsgrund, weshalb seine Behandlung im Prinzip (mindestens wenn der Minderjährige nicht kumulativ zustimmt) widerrechtlich ist. Zudem verletzt er unter Umständen seine Schweigepflicht, wenn er die Eltern gegen den Wunsch des Minderjährigen informiert³⁴. Bejaht er fälschlicherweise die Urteilsfähigkeit des der Behandlung zustimmenden Minderjährigen und unterlässt

²⁴ Art. 16 ZGB.

²⁵ Vgl. statt vieler BaslerKomm/BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 ZGB N 34.

²⁶ BaslerKomm/BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 ZGB N 2.

²⁷ Vgl. den Wortlaut von Art. 16 ZGB, wo Kindesalter als ein Beispiel für Urteilsunfähigkeit genannt wird – allerdings gilt auch bei Kindern der Grundsatz der Relativität der Urteilsfähigkeit; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 06.42.

²⁸ Intellektuelle Komponente; vgl. WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 159.

²⁹ Voluntative Komponente, vgl. BaslerKomm/BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 ZGB N 6.

³⁰ BERTRAND, Consentement, 89, 91; BaslerKomm/BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 ZGB N 40; A. BUCHER, Persönlichkeitsschutz, N 89.

³¹ So BernerKomm/E. BUCHER, Art. 16 ZGB N 96 und N 105; vgl. auch GEISER, Einwilligung, 6.

³² Man denke nur etwa an die Verweigerung einer Antibiotika-Infusion bei drohender Sepsis.

³³ Kritisch auch BGE 127 I 6, 21.

³⁴ Vgl. GENNA, Rechtliche Aspekte, 91, 111.

auf dessen Wunsch die Information der Eltern, fehlt ihm aufgrund der mangelnden Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen wiederum ein gültiger Rechtfertigungsgrund für seine Behandlung, was diese widerrechtlich macht. Vereinzelt wurde versucht, dem Problem der Rechtsunsicherheit mittels Bildung von Fallgruppen³⁵ oder mehr oder weniger starren Altersgrenzen³⁶ zu begegnen³⁷. Angesichts der Vielzahl der möglichen Behandlungen, welche von ganz harmlosen Eingriffen (z.B. Nähen einer Platzwunde, Blutentnahme) bis zu mit sehr schwerwiegenden Konsequenzen verbundenen Eingriffen reichen, ist die Bildung von Fallgruppen praktisch wohl nur beschränkt hilfreich. Zudem würde die Einführung von Altersgrenzen den konkreten Autonomiebedürfnissen minderjähriger Patienten nicht gerecht³⁸. In Anbetracht der Tatsache, dass auch bei Erwachsenen Urteilsfähigkeit Voraussetzung der Einwilligungsfähigkeit bildet, dass also auch bei dieser Patientengruppe eine gewisse Rechtsunsicherheit besteht, würde die Einführung fixer Altersgrenzen bei Kindern und Jugendlichen zudem eine unnötige Rechtsungleichheit schaffen.

Zu beachten ist, dass Urteilsfähigkeit nicht mit der Vernünftigkeit des getroffenen Entscheides gleichzusetzen ist³⁹. Der Patient ist nicht verpflichtet, eine objektiv vernünftige Entscheidung zu treffen, sondern ist frei, sich in Übereinstimmung mit seinem persönlichen Wertesystem zu entscheiden⁴⁰. Die Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht wird grundsätzlich höher gewertet als der Schutz der körperlichen Integrität⁴¹. Das Erfordernis der Urteilsfähigkeit soll nicht die Vernünftigkeit des Entscheides, sondern die Möglichkeit der korrekten Willensbildung sicherstellen.

III. Urteilsfähige minderjährige Patienten

Art. 19 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen ohne die Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter Rechte ausüben vermögen, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen. Die Lehre hat für diese Rech-

³⁵ Vgl. die Übersicht bei GUILLOD, *Consentement éclairé*, 215 ff.; NÄGELI, *Handlungsunfähige Patienten*, 164 ff.; eine Übersicht über die in der deutschen Literatur vertretenen Meinungen findet sich bei ROTHÄRMEL, *Minderjährige*, 96 ff.

³⁶ Vgl. z.B. WIEGAND, *Aufklärungspflicht*, 119, 159 f.; vgl. für Deutschland die Zusammenfassung der Vorschläge bei REIPSCHLÄGER, *Einwilligung Minderjähriger*, 75 ff. sowie BEL-LING/EBERL/MICHLIK, *Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger*, 128 ff.

³⁷ Zu diesem Problem schon GUILLOD, *Consentement éclairé*, 209 ff.

³⁸ Kritisch auch ROTHÄRMEL, *Minderjährige*, 142 ff.

³⁹ BaslerKomm/BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 ZGB N 38.

⁴⁰ WIEGAND, *Aufklärungspflicht*, 119, 160; vgl. auch BGE 124 IV 258, 260 f.; BGer, Urteil vom 19. März 2002, 4P.9/2002, E. 2c.

⁴¹ Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, *Personenrecht*, N 12.49; MANAI, *Droits du patient*, 45.

te den Begriff der «höchstpersönlichen Rechte» geprägt⁴². Die Verfügungsmacht über die eigene Körperintegrität wird zu den höchstpersönlichen Rechten gezählt⁴³.

Demnach sind urteilsfähige, aber unmündige Kinder und Jugendliche alleine⁴⁴ zur Einwilligung in einen medizinischen Eingriff⁴⁵, aber auch zu dessen Verweigerung befugt⁴⁶. Voraussetzung einer gültigen Einwilligung bildet die vorgängige Aufklärung über die mit dem Eingriff verfolgten Ziele, die Erfolgsaussichten und die Risiken. Die Aufklärung ist an den Reifegrad und die Vorkenntnisse des Minderjährigen anzupassen⁴⁷ und grundsätzlich nur ihm gegenüber geschuldet⁴⁸. Eltern als gesetzliche Vertreter ihres unmündigen, aber urteilsfähigen Kindes sind nicht berechtigt, anstelle ihres Kindes die Einwilligung zu erteilen, da höchstpersönliche Rechte bei Urteilsfähigkeit des Rechtsträgers von diesem selber wahrgenommen werden müssen⁴⁹. Die Rechtsstellung des urteilsfähigen Minderjährigen entspricht also derjenigen des urteilsfähigen Erwachsenen⁵⁰.

⁴² BaslerKomm/BIGLER-EGGENBERGER, Art. 19 ZGB N 33 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 07.21.

⁴³ Vgl. A. BUCHER, Persönlichkeitsschutz, N 155; BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 228; MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 198.

⁴⁴ Die kumulative Einwilligung der Eltern ist – ausser in Bereichen, in denen dies durch ein Spezialgesetz explizit gefordert wird (z.B. Transplantationsgesetz, Heilmittelgesetz) – nicht notwendig. In der Regel werden Jugendliche Behandlungsentscheide gleichwohl nicht ohne Rücksprache mit ihren Eltern treffen. Vorliegend soll aber untersucht werden, wie sich die Rechtslage im Falle des Konflikts zwischen Wünschen der Eltern und des Kindes verhält.

⁴⁵ So auch die herrschende Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung; LÜCKER-BABEL, Droits de l'enfant, 314, 318 f.; MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 198; MANDOFIA BERNEY, Mineur et conflit parental, 322, 323; BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 302 ZGB N 4; THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 7; BGE 114 Ia 350, 360.

⁴⁶ AEBI-MÜLLER/TANNER, Das behinderte Kind im Zivilrecht, 81, 85; MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 200; vgl. auch § 20 des zürcherischen Patientinnen- und Patientengesetzes vom 5. April 2004 (813.13): «Urteilsfähige Patientinnen und Patienten dürfen nur mit deren Einwilligung behandelt werden.»

⁴⁷ Vgl. MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 200; BGE 114 Ia 350, 360.

⁴⁸ Eltern sind nicht Adressat der Aufklärung; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 157, insb. FN 142; LÜCKER-BABEL plädiert bei Unsicherheit über die Urteilsfähigkeit des Minderjährigen dafür, sowohl die Eltern als auch das Kind aufzuklären (LÜCKER-BABEL, Droits de l'enfant, 314, 319). Obwohl dies im Einzelfall bei tatsächlich vorhandenen Schwierigkeiten der Beurteilung der Urteilsfähigkeit gerechtfertigt sein kann, ist davon als generelle «Absicherungsmassnahme» seitens des Arztes abzuraten, verletzt der Arzt doch damit bei tatsächlich vorhandener Urteilsfähigkeit seine Schweigepflicht. Vgl. den Wortlaut von § 13 des zürcherischen Patientinnen- und Patientengesetzes vom 5. April 2004 (813.13): «Bei unmündigen oder entmündigten Patientinnen und Patienten erfolgt diese Aufklärung auch gegenüber der gesetzlichen Vertretung, soweit die urteilsfähigen Patientinnen oder Patienten zustimmen.»

⁴⁹ BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 228; BRÜCKNER, Personenrecht, N 216; RIE-MER, Vertretung bei höchstpersönlichen Rechten, 216, 217; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 157 f.; vgl. auch Art. 301 Abs. 1 ZGB, wonach die elterliche Entscheidungszuständigkeit unter dem Vorbehalt der eigenen Handlungsfähigkeit des Kindes steht; dazu BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 301 ZGB N 3.

⁵⁰ LÜCKER-BABEL, Droits de l'enfant, 314, 319; Dies gilt auch für die ärztliche Schweigepflicht. Der urteilsfähige Minderjährige entscheidet allein, ob und welche Informationen an Dritte (z.B. an die Eltern) weitergegeben werden dürfen; dazu MANAI, Pouvoir parental et droit médical,

Eine differenzierte Meinung vertreten HEINZ HAUSHEER und REGINA E. AEBI-MÜLLER. Sie gehen davon aus, dass die Eltern dann gültig in einen medizinischen Eingriff bei ihrem urteilsfähigen Kind einwilligen können (mindestens soweit nur relativ höchstpersönliche Rechte betroffen sind), wenn das Kind keinen eindeutig entgegenstehenden Willen geäußert hat⁵¹. Dem ist entgegenzuhalten, dass es dem urteilsfähigen Unmündigen zwar grundsätzlich jederzeit frei steht, die Entscheidung über eine medizinische Heilbehandlung an seine Eltern zu delegieren (gewillkürte Stellvertretung)⁵², es aber gleichwohl die Aufgabe der behandelnden Ärzte bleibt, den urteilsfähigen Minderjährigen über die Notwendigkeit der Behandlung zu informieren und ihn im Willensbildungsprozess so weit zu unterstützen, dass er sein Selbstbestimmungsrecht grundsätzlich auch wahrnehmen kann. Den Eltern kommt dabei rechtlich lediglich eine beratende Funktion zu⁵³.

CHRISTIAN BRÜCKNER will urteilsfähigen Minderjährigen die Entscheidungskompetenz nur für medizinische Eingriffe, die einem therapeutischen oder diagnostischen Zweck dienen, zugestehen. Für alle anderen Eingriffe soll – mindestens wenn sie mit einer «erheblichen Belastung des Patienten oder mit bleibenden Folgen verbunden sind»⁵⁴ – die kumulative Zustimmung der Eltern notwendig sein⁵⁵. Wenn man das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper zu den höchstpersönlichen Rechten zählt, ist aber aufgrund des Wortlautes von Art. 19 Abs. 2 ZGB davon auszugehen, dass der urteilsfähige Minderjährige die Zustimmung der Eltern nicht braucht, um gültig in einen solchen Eingriff einwilligen zu können⁵⁶.

Stärker noch als bei erwachsenen Patienten besteht bei Kindern und Jugendlichen die Gefahr, die Bejahung oder Verneinung ihrer Urteilsfähigkeit von der «objektiven»

197, 198 f.; Die Biomedizin-Konvention, welche von der Schweiz zwar unterzeichnet, bislang aber noch nicht ratifiziert worden ist, trifft ebenfalls eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen einwilligungsfähigen und einwilligungsunfähigen Personen. Ist eine minderjährige Person nach innerstaatlichem Recht einwilligungsfähig, muss sie selber in eine Intervention in ihren Gesundheitsbereich einwilligen und auch selber aufgeklärt werden (Art. 5 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Biomedizin-Konvention).

⁵¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 07.76; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, N 17.100; so auch schon HEGNAUER, Kindesrecht, N 26.24 und Berner-Komm/BUCHER, Art. 19 ZGB N 207 ff.; ablehnend BRÜCKNER, Personenrecht, FN 115; SCHWENZER, Gesetzliche Vertretungsmacht, 679, 688.

⁵² RIEMER, Vertretung bei höchstpersönlichen Rechten, 216, 217.

⁵³ Vgl. auch TSCHÜMPERLIN, Elterliche Gewalt, 89.

⁵⁴ BRÜCKNER zählt neben Bereichen, die mittlerweile durch Spezialgesetze geregelt wurden (Sterilisation, Organtransplantation) kosmetische Operationen und Tätowierungen zu dieser Kategorie; BRÜCKNER, Personenrecht, N 215.

⁵⁵ BRÜCKNER, Personenrecht, N 215.

⁵⁶ Hier nicht zu beurteilen ist die Frage, ob der Minderjährige angesichts der hohen Kosten, die z.B. mit einer kosmetischen Operation verbunden sind, den Behandlungsvertrag alleine abschliessen kann. Seine Einwilligung vermag jedenfalls die Rechtswidrigkeit der Persönlichkeitsverletzung aufzuheben; vgl. dazu GEISER, Einwilligung, 7; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 158 f.

Vernünftigkeit des getroffenen Entscheids abhängig zu machen. Auch beim kindlichen Patienten darf indes die Fähigkeit zur vernünftigen Willensbildung nicht mit einer Wertung des getroffenen Entscheids gleichgesetzt werden⁵⁷. Soll das urteilsfähigen Minderjährigen von Gesetzes wegen zugesprochene Selbstbestimmungsrecht über ihren eigenen Körper eine wirkliche Wahl beinhalten, darf es nicht davon abhängig gemacht werden, dass das Kind oder der Jugendliche im Sinne der Erwachsenen entscheidet. Insbesondere bei sehr schwerwiegenden Behandlungsentscheiden (z.B. Abbruch einer Chemotherapie) kann diese Übertragung von Entscheidungsmacht an Minderjährige für die behandelnden Ärzte und für die Eltern schwierig zu ertragen sein⁵⁸. Allerdings bietet hier die Relativität der Urteilsfähigkeit einen gewissen Schutz gegen überhaupt nicht mehr nachvollziehbare Entscheidungen. Verweigert z.B. ein Kind oder Jugendlicher aus völlig irrationalen Motiven heraus (z.B. Angst vor Spritzen) eine lebensnotwendige Therapie, ist dies ein starkes Indiz für das Fehlen der Urteilsfähigkeit im konkreten Fall⁵⁹. Andererseits werden insbesondere chronisch kranke Kinder oftmals zu eigentlichen Experten ihrer eigenen Krankheit und können nach jahrelanger Erfahrung viel besser als Erwachsene, die zum ersten Mal mit dieser Krankheit konfrontiert sind, beurteilen, was eine weitere Behandlung für sie und ihre Lebensführung bedeutet⁶⁰.

Lehnen Kinder oder Jugendliche eine vital indizierte Therapie ab, ist im Rahmen der Prüfung ihrer Urteilsfähigkeit⁶¹ sorgfältig zu untersuchen, ob der Entscheid auf ihrem tatsächlichen freien Willen beruht, sie ihn insofern autonom getroffen haben. Eine freie Einwilligung (*consentement libre*) setzt nämlich eine autonome Willensbildung voraus⁶². Die Beurteilung der tatsächlich vorhandenen Autonomie ist schon bei erwachsenen Patienten schwierig und bei Kindern und Jugendlichen, die noch viel stärker in das Wertesystem ihrer Bezugspersonen eingebunden sind, mit besonderen Herausforderungen verbunden. Erhärtet sich der Verdacht, dass der minderjährige Patient die Wertungen seiner erwachsenen Bezugspersonen (welche beispielsweise

⁵⁷ MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 200.

⁵⁸ Vgl. dazu NIETHAMMER, Kinder, 92, 114.

⁵⁹ Vgl. BaslerKomm/BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 ZGB N 38; WIEGAND/ABEGGLEN, Modalitäten der Aufklärung, 189, 196: «[...] insbesondere ist zu prüfen, ob eine Verweigerung wirklich dem freien Willen des Patienten entspricht oder allenfalls bloss durch Angst diktiert wird. Beruht nämlich die Nichterteilung der Einwilligung nicht mehr auf einer freien Willensentscheidung, so ist der Patient kasuell urteilsunfähig und es gelten die entsprechenden Regeln.»; Demgegenüber vertritt GEISER, Einwilligung, 7, die Meinung, dass Angst sehr wohl «ein zulässiges Motiv für die Verweigerung sein kann», mindestens insoweit sie nicht eine derart dominierende Rolle spiele, dass sie als eigentliche Obsession betrachtet werden müsse.

⁶⁰ Vgl. ALDERSON, Autonomie, 28, 37.

⁶¹ Vgl. BaslerKomm/BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 ZGB N 6; BernerKomm/E. BUCHER, Art. 16 ZGB N 63.

⁶² MANAI, Droits du patient, 63: «Toutefois la liberté de choix va au-delà, car elle présuppose l'autonomie de la volonté. Celle-ci consiste en la capacité de maîtriser rationnellement sa spontanéité impulsive, d'avoir des préférences singulières et de déterminer sa propre conception du bien.»; vgl. auch GUILLOD, Consentement éclairé, 109 ff.

der schulmedizinischen Krebsbehandlung generell ablehnend gegenüberstehen oder einer Glaubensgemeinschaft angehören, die bestimmte Behandlungen als nicht mit ihrem Glauben vereinbar betrachtet) relativ unreflektiert übernommen hat, erscheint sein Entscheid nicht als autonom, weshalb dem Minderjährigen die Entscheidungskompetenz grundsätzlich abgesprochen werden muss⁶³. Willigen auch die gesetzlichen Vertreter nicht in die Behandlung ein, ist gleich zu verfahren wie bei der Behandlungsverweigerung durch die gesetzlichen Vertreter bei urteilsunfähigen Patienten⁶⁴. Im Notfall muss der Arzt nach den objektiven (oder besser: objektivierten) Interessen des Patienten handeln und die vital indizierte Therapie vornehmen⁶⁵.

Die Bindung an den Willen des urteilsfähigen Minderjährigen bleibt auch bestehen, wenn dieser in der Folge das Bewusstsein verliert und nachträglich urteilsunfähig wird⁶⁶. Dies führt dazu, dass Eltern als gesetzliche Vertreter nicht gültig in einen medizinischen Eingriff einwilligen können, den ihr nunmehr urteilsunfähiges Kind im Zustand der Urteilsfähigkeit abgelehnt hat⁶⁷.

DOMINIQUE MANAI weist auf die Gefahr hin, dass im Hinblick auf die zunehmende Komplexität von medizinischen Entscheidungssituationen die Zusprechung der alleinigen Entscheidungskompetenz an urteilsfähige Minderjährige zwar deren Autonomiebedürfnissen, nicht aber ihren Schutzbedürfnissen Rechnung trage⁶⁸. In der Tat besteht bei einer Überbetonung des Autonomieprinzips, welches sich in den letzten Jahrzehnten in der westlichen Welt zum vorrangigen medizinethischen Prinzip entwickelt hat⁶⁹, die Gefahr, dass das Fürsorgeprinzip, welches seit der Antike Richtschnur der ärztlichen Tätigkeit bildete⁷⁰, seiner Bedeutung beraubt wird. Dem Autonomieprinzip erwächst denn auch seit einiger Zeit insbesondere aus medizinethischer

⁶³ Vgl. BaslerKomm/BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 ZGB N 12: «Blosser Wankelmut genügt i.d.R. nicht, um Urteilsunfähigkeit bejahen zu können, wohl aber Willensschwäche derart, dass entweder kritiklos ein fremder Wille zu eigen gemacht wird oder aber die Unfähigkeit besteht, trotz andern Willens dem Einfluss einer Drittperson zu widerstehen. In beiden Sachverhalten ist der geäußerte Wille nicht der eigene, und fremder Wille kann dergestalt willensschwachen Personen nicht zugerechnet werden.»; vgl. auch WIEGAND/ABEGGLEN, Modalitäten der Aufklärung, 189, 196; Bei religiös motivierten Behandlungsentscheiden ist freilich zu beachten, dass die Bundesverfassung die Religionsfreiheit gewährleistet (Art. 15 BV), wobei die Religionsmündigkeit bereits mit 16 Jahren eintritt (Art. 303 Abs. 3 ZGB), was die behandelnden Ärztinnen und Ärzte m.E. aber nicht davon entbindet, sich im Rahmen der Prüfung der Urteilsfähigkeit zu vergewissern, dass der getroffene Entscheid wirklich auf dem freien Willen des Patienten beruht.

⁶⁴ Dazu unten, IV.C.

⁶⁵ Vgl. auch SAMW-Richtlinien Selbstbestimmung, 4.

⁶⁶ Vgl. WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 163 f.

⁶⁷ Ausführlich zur Problematik THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 30 ff.

⁶⁸ MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 200.

⁶⁹ HERRING, Law and ethics, 124 f.

⁷⁰ Vgl. MANAI, Droits du patient, 44.

Perspektive vermehrte Kritik⁷¹. Nach DOMINIQUE MANAÏ sollte deshalb darüber nachgedacht werden, Eingriffe in die körperliche Integrität urteilsfähiger Minderjähriger nicht mehr nur alleine mit ihrer Einwilligung zu rechtfertigen, sondern dem gesetzlichen Vertreter die Kompetenz zur Mitentscheidung zuzusprechen⁷². In der Tat sehen verschiedene neuere Gesetze eine solche Mitentscheidungskompetenz der gesetzlichen Vertreter vor⁷³. Für den Bereich der medizinischen Heilbehandlung fehlt für ein Mitentscheidungsrecht der Eltern urteilsfähiger Minderjähriger jedoch bis anhin die Rechtsgrundlage.

IV. Urteilsunfähige minderjährige Patienten

A. Der gesetzliche Vertreter als Entscheidungsträger

Urteilsunfähige Kinder und Jugendliche vermögen nicht gültig in eine medizinische Behandlung einzuwilligen⁷⁴. An ihrer Stelle entscheidet ihr gesetzlicher Vertreter, in der Regel die Eltern⁷⁵. Die Eltern sind nach Art. 301 Abs. 1 ZGB berechtigt, für ihre minderjährigen Kinder unter Vorbehalt deren eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen zu treffen. Sind beide Eltern Inhaber der elterlichen Sorge, entscheiden sie gemeinsam⁷⁶. Der Grundsatz, dass gutgläubige Dritte in der Regel davon ausgehen dürfen, dass jeder Elternteil, der Inhaber der elterlichen Sorge ist, im Einvernehmen mit dem anderen handelt (Art. 304 Abs. 2 ZGB), gilt bei schwerwiegenden medizinischen Entscheidungen, insbesondere wenn mehrere Behandlungsoptionen offen stehen, nur bedingt⁷⁷.

Ist nur ein Elternteil Inhaber der elterlichen Sorge, ist seine Einwilligung erforderlich⁷⁸. Ein Elternteil ohne elterliche Sorge ist vom anderen jedoch vor der Entschei-

⁷¹ Nach PRISCILLA ALDERSON konstruiert das vom Kant'schen Autonomiebegriff geprägte Verständnis von Patientenautonomie «derart hohe Ansprüche an Autonomie, dass danach fast alle erwachsenen Personen als einwilligungsunfähig angesehen werden müssten.»; ALDERSON, Autonomie, 28, 30 f.

⁷² MANAÏ, Pouvoir parental et droit médical, 197, 200.

⁷³ Z.B. Art. 55 Abs. 1 lit. b und c Heilmittelgesetz für klinische Versuche an unmündigen urteilsfähigen Personen; Art. 13 Abs. 2 lit. f und g Transplantationsgesetz für die Entnahme regenerierbarer Gewebe oder Zellen bei urteilsfähigen unmündigen Personen.

⁷⁴ BERTRAND, Consentement, 89, 90; THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 1.

⁷⁵ Art. 296 Abs. 1 ZGB.

⁷⁶ Können sich die Eltern nicht über die durchzuführenden Massnahmen einigen, ist wohl nach Art. 306 Abs. 2 i.V.m. Art. 392 Ziff. 2 ZGB ein Beistand zu ernennen; bei dauernder Uneinigkeit sind aufgrund der Gefährdung des Kindeswohls Kindesschutzmassnahmen notwendig; dazu GENNA, Rechtliche Aspekte, 91, 96.

⁷⁷ BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 228; HEGNAUER, Kindesrecht, N 26.29.

⁷⁸ THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 5 f.

dung über grössere medizinische Eingriffe zu informieren und anzuhören⁷⁹ und kann bei Ärztinnen und Ärzten in gleicher Weise wie der Inhaber der elterlichen Sorge Auskünfte über den Zustand des Kindes einholen⁸⁰. Ein Elternteil ohne elterliche Sorge hat aber kein eigentliches Mitentscheidungsrecht⁸¹.

Die Eltern als gesetzliche Vertreter erteilen die Einwilligung und sind somit nach der Logik des Informed Consent-Prinzips auch allein Adressaten der Aufklärung⁸². Nach dem Informed Consent-Prinzip kommt der Aufklärung nämlich die Funktion zu, die Entscheidungsgrundlagen für die Einwilligung zu liefern; sie schützt mithin den Willensbildungsprozess des Einwilligenden⁸³.

B. Schranken elterlicher Vertretungsrechte

1. Absolut höchstpersönliche Rechte

Zunächst stellt sich die Frage, ob das elterliche Vertretungsrecht sich auf die Einwilligung zu jedwelchen medizinischen Eingriffen erstreckt. Wie bereits festgestellt, gehört die Verfügungsmacht über die eigene Körperintegrität zu den höchstpersönlichen Rechten⁸⁴. Nicht alle höchstpersönlichen Rechte sind jedoch einer Vertretung zugänglich. Die herrschende Lehre unterscheidet zwischen den absolut höchstpersönlichen Rechten, die so eng mit der Persönlichkeit des Rechtsgutträgers verbunden sind, dass eine Vertretung in jedem Fall als unmöglich erscheint und den relativ höchstpersönlichen Rechten, die bei Urteilsunfähigkeit des Rechtsgutträgers von einem Vertreter wahrgenommen werden können⁸⁵.

Die Zuordnung eines Persönlichkeitsrechts zu der einen oder anderen Kategorie wird meist nach einer ergebnisorientierten Wertung vorgenommen, jedenfalls fehlen konzeptionell-dogmatische Leitlinien⁸⁶. So ist denn auch zum Teil unklar, in welche medizinischen Eingriffe Eltern als Vertreter ihrer Kinder gültig einwilligen können. Unbestritten ist immerhin, dass es zulässig sein muss, dass Eltern für ihre urteilsunfähigen minderjährigen Kinder in eine medizinisch notwendige Behandlung

⁷⁹ Art. 275a Abs. 1 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, N 17.45; Basler-Komm/SCHWENZER, Art. 275a ZGB N 5.

⁸⁰ Art. 275a Abs. 2 ZGB; BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 275a ZGB N 5.

⁸¹ MANDOFIA BERNEY, Mineur et conflit parental, 322, 325.

⁸² Vgl. THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 23; WIEGAND/ABEGGLEN, Modalitäten der Aufklärung, 198, 190.

⁸³ Vgl. BGE 117 Ib 197, 200 f.; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119 f.

⁸⁴ Dazu oben, III.

⁸⁵ RIEMER, Vertretung bei höchstpersönlichen Rechten, 216, 217.

⁸⁶ BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 229; RIEMER, Vertretung bei höchstpersönlichen Rechten, 216, 217.

einwilligen⁸⁷. Die Einwilligung in eine notwendige medizinische Heilbehandlung wird denn auch zu den relativ höchstpersönlichen Rechten gezählt⁸⁸. Auch in einen Heilversuch sollen die Eltern gültig einwilligen können⁸⁹. Allerdings besteht hier – im Unterschied zur notwendigen Heilbehandlung – keine Einwilligungspflicht⁹⁰. Zahlreiche weitere Bereiche, die früher zu Diskussionen Anlass gaben und im Allgemeinen den absolut höchstpersönlichen Rechten zugeordnet wurden (z.B. Organ- oder Gewebespende durch Kinder, Sterilisationen von Urteilsunfähigen) sind heute durch Spezialgesetze geregelt⁹¹ oder Gegenstand laufender Gesetzgebungsverfahren (z.B. Forschung mit Urteilsunfähigen⁹²).

Handelt es sich bei einem medizinischen Eingriff weder um eine Heilbehandlung noch um einen Heilversuch oder besteht keine zeitliche Dringlichkeit, herrscht im neueren Schrifttum die Tendenz vor, die Einwilligung zu solchen Eingriffen den absolut höchstpersönlichen Rechten zuzuordnen. Dies wird beispielsweise für das Problem der geschlechtszuweisenden Operationen im Kleinkindalter bei intersexuellen Kindern diskutiert⁹³. ANTON GENNA sieht die Grenze elterlicher Vertretungsmacht dort als erreicht an, wo «irreversible oder besonders schwerwiegende Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit vorgenommen werden»⁹⁴.

Freilich wohnt dem Konzept der Begrenzung der elterlichen Vertretungsmacht durch absolut höchstpersönliche Rechte aufgrund der ergebnisorientierten Zuordnung dieser Rechte die Gefahr eines Zirkelschlusses inne. So kritisiert insbesondere MARC THOMMEN, dass die Wünschbarkeit der Vertretungsmöglichkeit «unabhängig von der Persönlichkeitsrelevanz eines Entscheids [...] zum Abgrenzungskriterium zwischen den verschiedenen Graden an Höchstpersönlichkeit gemacht» werde⁹⁵.

⁸⁷ BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 229; THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 29.

⁸⁸ BGE 114 Ia 350, 362 f.

⁸⁹ Ausführlich zu den Voraussetzungen der zulässigen Einwilligung der gesetzlichen Vertreter in einen Heilversuch THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 35 ff.

⁹⁰ Ausführlich THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 41 f.

⁹¹ Das Transplantationsgesetz regelt in Art. 13 den Schutz urteilsunfähiger oder unmündiger Personen. Das Sterilisationsgesetz verbietet grundsätzlich die Sterilisation von unmündigen Personen (Art. 3); in engen Grenzen ist die Sterilisation von über 16jährigen, dauernd urteilsunfähigen Personen zulässig (Art. 7).

⁹² Vgl. das laufende Gesetzgebungsverfahren zur Forschung am Menschen; aktueller Stand einsehbar unter <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/00701/00702/index.html?lang=de>> (besucht am 20. August 2007).

⁹³ WERLEN, Kindesschutz, 1319, 1326; für die Rechtslage in Deutschland ROTHÄRMEL, Intersexualität, 274, 278 ff.

⁹⁴ GENNA, Rechtliche Aspekte, 91, 107, für das Problem der stationären psychiatrischen Behandlung von Kindern und Jugendlichen; vgl. für Deutschland BELLING/EBERL/MICHLIK, Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, 126, die ebenfalls für die Aufschiebung von nicht dringenden Behandlungen plädieren.

⁹⁵ THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 112.

2. Mitspracherechte des Kindes

Art. 301 Abs. 2 ZGB verpflichtet die Eltern, dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung zu gewähren und in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf seine Meinung Rücksicht zu nehmen. Dies erfordert auch und insbesondere die Einbeziehung in die Entscheidfindung über eine bevorstehende medizinische Behandlung, betreffen Eingriffe in die körperliche Integrität das Kind doch in zentraler Weise. Das Kind kann aber nur dann in die Entscheidfindung einbezogen werden, wenn es altersgerecht darüber informiert wird, weshalb der Eingriff notwendig ist und welche Folgen zu erwarten sind. Auch unangenehme Konsequenzen des Eingriffs (Krankenhausaufenthalt, Schmerzen, Narben) sollen dem Kind nicht verheimlicht werden. Art. 301 Abs. 2 ZGB setzt voraus, dass das Kind seine Meinung frei äussern kann und dass ihm auch zugehört wird⁹⁶. Die Mitspracherechte des Kindes sind Ausdruck der Achtung seiner Persönlichkeit, welche den Umfang der elterlichen Sorge beschränkt⁹⁷.

Die Regelung von Art. 301 Abs. 2 ZGB steht in Übereinstimmung mit Art. 12 Uno-Kinderrechtskonvention⁹⁸. Die letztere Bestimmung sichert dem Kind, welches fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese in allen Angelegenheiten, welche es betreffen, frei zu äussern. Weiter verpflichtet Art. 12 Abs. 1 Uno-Kinderrechtskonvention zur angemessenen Berücksichtigung dieser Meinung. GIOVANNI BIAGGINI weist auf eine Unstimmigkeit zwischen den Originalversionen der Uno-Kinderrechtskonvention und der deutschen Übersetzung hin, welche im Bereich medizinischer Behandlungen besonders relevant ist: Während die deutsche Übersetzung von Art. 12 nur die Vertragsstaaten verpflichtet, die Meinung des Kindes zu berücksichtigen, kommt in den Originalversionen zum Ausdruck, dass die Anhörung und Berücksichtigung der kindlichen Meinung auch im horizontalen Verhältnis (also z.B. zwischen Kind und Eltern) sichergestellt werden soll⁹⁹. Weiter ist zu beachten, dass die Bestimmung den Einbezug in die Entscheidfindung nach ihrem Wortlaut jedoch nur dem Kind zusichert, «das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden» («who is capable of forming his or her own view»). Wann dies der Fall ist, wird nicht näher definiert. Zu beachten ist, dass die Begriffe von völkerrechtlichen Verträgen und damit auch der Uno-Kinderrechtskonvention autonom auszulegen sind¹⁰⁰ und es deshalb unzulässig wäre, direkt auf die innerstaatliche Definition der Urteilsfähigkeit zurückzugreifen¹⁰¹. Meines Erachtens sind an die Fähigkeit, sich eine eigene Meinung zu bilden, weniger hohe Anforderungen zu stellen als an die Urteilsfähigkeit, da

⁹⁶ BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 226 f.

⁹⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, N 17.101.

⁹⁸ Vgl. S. WOLF, Uno-Konvention über die Rechte des Kindes, 113, 146.

⁹⁹ Ausführlich BIAGGINI, Kinderrechte in der Schweiz, 25, 45 f.

¹⁰⁰ So ausdrücklich für die EMRK JAAG, Europarecht, N 514.

¹⁰¹ Anders offenbar LÜCKER-BABEL, Droits de l'enfant, 314, 317 ff.; WYTENBACH, Grundrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, 325.

die Uno-Kinderrechtskonvention an diese Fähigkeit kein Alleinentscheidungsrecht des Minderjährigen knüpft – anders als dies nach schweizerischem Recht bei Bejahung der Urteilsfähigkeit der Fall ist. Die Bestimmung der Uno-Kinderrechtskonvention beinhaltet nämlich kein generelles Recht Minderjähriger auf Berücksichtigung ihrer Meinung und statuiert schon gar kein Selbstbestimmungsrecht für Kinder¹⁰². Es geht um Teilhabe an der Entscheidungsfindung, nicht um Selbstbestimmung¹⁰³.

Die von der Schweiz unterzeichnete¹⁰⁴, bislang aber noch nicht ratifizierte Biomedizin-Konvention erlaubt eine medizinische Intervention bei einwilligungsunfähigen Personen grundsätzlich nur zu ihrem eigenen unmittelbaren Nutzen (Art. 6 Biomedizin-Konvention). Der Meinung des minderjährigen Patienten kommt aber mit zunehmendem Alter und zunehmender Reife immer mehr entscheidendes Gewicht zu (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Biomedizin-Konvention)¹⁰⁵. Anders als Art. 12 Uno-Kinderrechtskonvention und Art. 301 Abs. 2 ZGB spricht die Biomedizin-Konvention nicht nur von Anhörung und angemessener Berücksichtigung der Meinung des Kindes, sondern von entscheidendem Gewicht. Hier geht es also effektiv um eine Form der Mitentscheidung¹⁰⁶.

Die in Art. 301 Abs. 2 ZGB festgehaltene Verpflichtung zur Berücksichtigung der kindlichen Meinung betrifft das Verhältnis zwischen Eltern und Kind. Für den behandelnden Arzt hat die Bestimmung insofern keine Konsequenzen, als die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter eines urteilsunfähigen Kindes, welche sich im Rahmen des Kindeswohls bewegt, die Rechtswidrigkeit der mit dem Eingriff verbundenen Verletzung der körperlichen Integrität auch dann aufzuheben vermag, wenn die Eltern die Meinung des Kindes unberücksichtigt liessen.

3. Kindeswohl

a) Kindeswohl als Leitprinzip des Kindesrechts

Das Kindeswohl als Leitprinzip des gesamten Kindesrechts beschränkt den Umfang der elterlichen Sorge¹⁰⁷ und damit auch die Einwilligungskompetenz der Eltern¹⁰⁸. Es ist sowohl von Privaten als auch von Behörden zu beachten. Kindeswohl ist ein un-

¹⁰² Vgl. WYTENBACH, Grundrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, 323.

¹⁰³ Vgl. WYTENBACH, Grundrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, 325.

¹⁰⁴ Botschaft Biomedizin-Konvention, 275.

¹⁰⁵ Vgl. die englische Originalversion der Bestimmung: «The opinion of the minor shall be taken into consideration as an increasingly determining factor in proportion to his or her age and degree of maturity.»

¹⁰⁶ Vgl. Europarat, Erläuternder Bericht, 17.

¹⁰⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, N 17.101; BRAUCHLI, Kindeswohl, 136 f.

¹⁰⁸ THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 7.

bestimmter Rechtsbegriff mit umstrittenem normativem Gehalt¹⁰⁹. Der Versuch, Kindeswohl zu definieren, orientiert sich in der Regel an objektiven Kriterien¹¹⁰. Kindeswohl umfasst die körperliche, geistige und seelische Integrität¹¹¹. ANDREA BÜCHLER und ROLF VETTERLI definieren als grundlegende Pfeiler des Kindeswohls die Sicherung der Existenz des Kindes, die Wahrung seiner körperlichen Integrität und die Akzeptanz seiner Person¹¹². Das Prinzip des Kindeswohls verpflichtet nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dazu, bei der Entscheidungsfindung nach einer Lösung zu suchen, welche die «altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit des Kindes in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht» gewährleistet¹¹³. Trotz aller Objektivierungsversuche bleibt die Definition des Kindeswohls letztlich immer einzelfallgebunden¹¹⁴.

Kindeswohl und Kindeswille sind zwar nicht gleichzusetzen¹¹⁵, gleichwohl kommt dem Kindeswillen mit zunehmender Reife des Kindes mehr und mehr Gewicht bei der Definition des Kindeswohls zu¹¹⁶, soll das Institut Kindeswohl doch die Funktion erfüllen, den Kindeswillen solange zu ersetzen, als das Kind noch nicht fähig ist, eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen¹¹⁷.

Die Uno-Kinderrechtskonvention definiert in Art. 3 den Schutz der «best interests of the child» als Leitprinzip¹¹⁸. Die schweizerische Literatur setzt wohl auch aufgrund der deutschen Übersetzung, welche vom «Wohl des Kindes» spricht, praktisch durchgängig den Begriff der «best interests of the child» mit demjenigen des «Kindeswohls» gleich¹¹⁹; demgegenüber vertritt SUSANA NAVAS NAVARRO die Meinung,

¹⁰⁹ Vgl. BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 224.

¹¹⁰ HEGNAUER, Kindesrecht, N 26.04a.

¹¹¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, N 15.21.

¹¹² BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 245.

¹¹³ BGE 129 III 250, 255; vgl. insofern auch den Wortlaut von Art. 302 Abs. 1 ZGB.

¹¹⁴ TSCHÜMPERLIN, Elterliche Gewalt, 84; NAVAS NAVARRO, Le bien-être de l'enfant, 265, 271 f.

¹¹⁵ BRAUCHLI, Kindeswohl, 121; BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 301 ZGB N 6.

¹¹⁶ BRAUCHLI, Kindeswohl, 121; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, N 15.20; MEIER-SCHATZ, Schweizer Recht und UNO-Konvention, 1035, 1041 f.; WYTTEBACH, Kindeswohl, 39, 43.

¹¹⁷ Vgl. TSCHÜMPERLIN, Elterliche Gewalt, 87 f.

¹¹⁸ BIAGGINI, Kinderrechte in der Schweiz, 25, 26; vgl. zur historischen Entwicklung und Definition der «best interests of the child» BREEN, Best Interests of the Child, 43 ff.; ferner J. WOLF, The Concept of the 'Best Interest', 125 ff.; speziell zu Art. 3 Uno-Kinderrechtskonvention FREEMAN, Article 3, passim.

¹¹⁹ Vgl. z.B. HEGNAUER, Kindesrecht, N 26.04a; BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 224; MEIER-SCHATZ, Schweizer Recht und UNO-Konvention, 1035, 1043; S. WOLF, Uno-Konvention über die Rechte des Kindes, 113, 119; ausdrücklich auch ZERMATTEN, L'intérêt supérieur de l'Enfant, 289, 293 f.; interessant ferner der Vergleich der Begriffe «well being of the child» und «best interests of the child» bei ZERMATTEN, The Best Interests of the Child, 10 f. Auf eine terminologische Gleichsetzung von Kindeswohl und «best interests of the child» wird im vorliegenden Zusammenhang dennoch verzichtet. Dies insbesondere deshalb, weil der mit den «best interests of the child» zusammenhängende «Best Interest-Standard» nicht einfach mit dem Kindeswohl im medizinischen Kontext gleichzusetzen ist.

dass Kindeswohl und «best interests of the child» auch im schweizerischen Recht zwei verschiedene Konzepte seien¹²⁰. Art. 3 Uno-Kinderrechtskonvention fordert, dass bei allen von öffentlichen oder privaten Einrichtungen getroffenen Massnahmen, die das Kind betreffen, die «best interests of the child» vorrangig zu beachten sind («the best interests of the child shall be a primary consideration»), eine Formulierung, die bewusst Raum lässt für eine Interessenabwägung, beispielsweise mit öffentlichen oder elterlichen Interessen¹²¹.

b) Bedeutung des Kindeswohls im medizinischen Kontext

Grundsätzlich sind zuerst die Eltern zur Konkretisierung des Kindeswohls berechtigt¹²². Im Bereich der medizinischen Behandlung bewegt sich diese Konkretisierungskompetenz der Eltern jedoch in relativ engen Grenzen. Ist das Kindeswohl durch elterliche Entscheidungen gefährdet oder unternehmen die Eltern nichts (oder besser: nicht das Richtige) gegen eine bestehende Gefährdung¹²³, ist staatliches Eingreifen in Form von Kindesschutzmassnahmen¹²⁴ erlaubt und geboten (Art. 307 Abs. 1 ZGB)¹²⁵. Dabei ist nach überwiegender Meinung die Wertung, ob eine bestimmte Behandlung im Kindeswohl liegt, nach objektiven Gesichtspunkten zu treffen¹²⁶.

Das Kindeswohl bildet somit die wichtigste Schranke des elterlichen Vertretungsrechts bei medizinischen Eingriffen¹²⁷ – und zwar im zweifachen Sinne: Einerseits dürfen die Eltern nicht in einen Eingriff in die körperliche Integrität einwilligen, der nicht medizinisch indiziert ist¹²⁸. Andererseits müssen Eltern aber im Sinne einer Einwilligungspflicht in einen medizinischen Eingriff einwilligen, wenn das Kindeswohl dies erfordert – was insbesondere bei vital indizierten Eingriffen der Fall sein kann¹²⁹. Handeln Eltern als gesetzliche Vertreter ihres urteilsunfähigen unmündigen Kindes, sind sie in ihrer Entscheidung folglich eingeschränkter, als wenn sie für sich

¹²⁰ NAVAS NAVARRO, *Le bien-être de l'enfant*, 265, 271.

¹²¹ S. WOLF, *Uno-Konvention über die Rechte des Kindes*, 113, 119; WYTTEBACH, *Grundrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat*, 138; vgl. auch WERLEN, *Kindesschutz*, 1319, 1329.

¹²² BRAUCHLI, *Kindeswohl*, 126; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, *Familienrecht*, N 17.92; BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 301 ZGB N 2; WYTTEBACH, *Kindeswohl*, 39, 42 f.; so auch im deutschen Recht; dazu RIXEN, *Kind zwischen Eltern und Arzt*, 351, 353.

¹²³ Z.B. eine lebensbedrohliche Krankheit ihres Kindes.

¹²⁴ Art. 307 ff. ZGB.

¹²⁵ BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 301 ZGB N 2.

¹²⁶ BGE 114 Ia 350, 363; MANDOFIA BERNEY, *Mineur et conflit parental*, 322, 326; MANAI, *Pouvoir parental et droit médical*, 197, 203; so für das deutsche Recht mindestens bei lebensgefährlichen Erkrankungen auch RIXEN, *Kind zwischen Eltern und Arzt*, 351, 353.

¹²⁷ Vgl. WIEGAND, *Aufklärungspflicht*, 119, 161 f.

¹²⁸ BRÜCKNER, *Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs*, 451, 475 f.; THOMMEN, *Einwilligung der Vertreter*, 29.

¹²⁹ THOMMEN, *Einwilligung der Vertreter*, 30.

selber handeln¹³⁰. Bei klarer, insbesondere vitaler medizinischer Indikation bleibt den Eltern praktisch nur, ihre Einwilligung zu erteilen¹³¹. Nur wenn die medizinische Indikation nicht eindeutig ist oder mehrere gleichwertige Behandlungsalternativen zur Auswahl stehen, bleibt den Eltern ein gewisser Entscheidungsspielraum¹³². Gleichwohl wäre die inhaltliche Reduktion des Kindeswohls auf das «gesundheitliche Wohl» zu eng¹³³: Kindeswohl umfasst nach schweizerischem Recht nicht nur die physischen, sondern ebenso die psychischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse des Kindes¹³⁴.

Im englischsprachigen Raum bildet der sog. «Best Interest-Standard» als Verfahren zur fremdbestimmten Entscheidungsfindung die Leitlinie für Entscheide in medizinischen Konflikten betreffend die medizinische Versorgung von Kindern¹³⁵. Im Unterschied zum sog. «substituted judgment standard»¹³⁶ verlangt der Best Interest-Standard nicht das Handeln gemäss dem mutmasslichen Willen des Kindes und dient somit nicht der Wahrung seiner Selbstbestimmung. Obwohl speziell für Minderjährige und Menschen im Erwachsenenalter entwickelt, welche noch gar nie urteilsfähig und damit einwilligungsfähig waren, zielt der Best Interest-Standard trotzdem nicht einfach auf das «objektiv richtige Handeln». Vielmehr erfordert er die Einbeziehung verschiedenster Parameter in die Entscheidungsfindung. Massgebend sind neben den medizinischen Chancen und Risiken einer Behandlung und dem physiologischen Zustand des minderjährigen Patienten auch seine emotionalen, psychologischen und sozialen Bedürfnisse. Besonderes Gewicht kommt dabei auch der Meinung des Minderjährigen zu, der zwar nicht im eigentlichen Sinne urteilsfähig ist und somit nicht alle Aspekte zu überblicken vermag, sich aber gleichwohl eine Meinung über die geplante Behandlung bilden kann. Der Best Interest-Standard kann beispielsweise dazu

¹³⁰ Vgl. THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 23; für Deutschland REIPSCHLÄGER, Einwilligung Minderjähriger, 110 f.

¹³¹ So ist beispielsweise die aus religiösen Gründen ausgesprochene Weigerung der Eltern, einer vital indizierten Bluttransfusion bei ihrem Kleinkind zuzustimmen, rechtlich nicht gültig, da die Religionsfreiheit durch das Kindeswohl beschränkt wird; dazu BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 303 ZGB N 6; MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 204; THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 33 f.; a.M. BRÜCKNER, Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs, 451, 468 f., 470; in Deutschland wird das Problem kontrovers diskutiert; vgl. dazu unter vielen BEL-LING/EBERL/MICHLIK, Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, 125 f.

¹³² So auch für das deutsche Recht RIXEN, Kind zwischen Eltern und Arzt, 351, 354.

¹³³ A.M. offenbar THOMMEN, Einwilligung der Vertreter, 24.

¹³⁴ Darauf, dass die medizinische Indikation nicht zwangsläufig gleichbedeutend mit dem Kindeswohl ist, weisen auch MONA/RINGELMANN, Sterbehilfe bei behinderten Kindern?, 287, 298 f., hin.

¹³⁵ Vgl. dazu DÖRRIS, Best-Interest Standard, 116 ff.; grundlegend BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, 122 ff.; vgl. auch KOPELMAN, Best-Interests Standard, 425 ff.

¹³⁶ Der sog. «substituted judgment standard» erfordert das Handeln nach dem mutmasslichen Willen des Patienten, setzt somit voraus, dass die betroffene Person überhaupt einmal fähig war, einen Willen zu bilden; ausführlich zum «substituted judgment standard» BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, 112 ff.

dienen, aus mehreren Behandlungsalternativen diejenige auszuwählen, welche der minderjährige Patient am ehesten akzeptieren kann.

Aufgrund der vorwiegend objektiven Definitionsversuche von Kindeswohl in der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung kann wohl – obschon die Konkretisierungsbefugnis gleich wie im deutschen Recht primär (aber nicht alleine) den Eltern zugesprochen wird – die Bedeutung des Begriffs Kindeswohls im medizinischen Kontext in die Nähe des «Best Interest Standard» gerückt werden. Dafür spricht auch die (freilich zumeist nicht näher begründete) begriffliche Gleichsetzung der «best interests of the child» mit dem Kindeswohl in der schweizerischen Literatur. Demgegenüber verneint SONJA ROTHÄRMEL die Geltung des Best Interest Standard für das deutsche Recht, da dieser stärker «objektiv an medizinischen Kriterien» ausgerichtet sei als das Kindeswohl, dessen Inhalt zu bestimmen «alleinige Aufgabe der Sorgeberechtigten» sei¹³⁷. Insbesondere die erweiterte Bedeutung des Best Interest Standard, welcher die Einbeziehung weiterer nicht medizinischer Faktoren wie emotionale, kulturelle und soziale Bedürfnisse des Kindes in die Entscheidungsfindung erlaubt¹³⁸, lässt sich jedoch mit dem Begriff des Kindeswohls nach schweizerischem Recht vergleichen. So gehen denn auch die SAMW-Richtlinien bei urteilsunfähigen Patienten, bei denen Hinweise auf einen hypothetischen Willen fehlen, vom Best Interest-Standard aus¹³⁹.

Die herkömmliche Definition von Kindeswohl hat – neben der Befriedigung der elementaren Bedürfnisse des Kindes – immer auch und vor allem dessen Zukunft im Blick¹⁴⁰. So hält beispielsweise DOMINIQUE MANAI fest, dass das Kindeswohl nicht nur die momentanen medizinischen Interessen des Kindes umfasse, sondern ebenso die Berücksichtigung seiner zukünftigen Interessen erfordere: «Ainsi, l'intérêt de l'enfant est toujours en même temps l'intérêt de son devenir»¹⁴¹. Kinder werden nicht immer Kinder bleiben – aber in der Kindheit von Dritten getroffene Behandlungsentscheidungen können, insbesondere wenn sie irreversibel sind, das Leben der Betroffenen auch als Erwachsene massgeblich prägen¹⁴². In Entsprechung zu der kinderrechtlichen Forderung nach einem «Recht auf eine offene Zukunft» wird denn auch dafür plädiert, dem Kind möglichst diejenigen Behandlungsentscheide offen zu las-

¹³⁷ ROTHÄRMEL, Sterbebegleitung eines schwerstbehinderten Kindes, 193, 200; vgl. aber RIXEN, Kind zwischen Eltern und Arzt, 351, 353: «Im medizinischen Kontext wird das Kindeswohl zum kindesspezifischen Patientenwohl.»; vgl. in diesem Zusammenhang auch DÖRRIES, Best-Interest Standard, 116, 127 f.

¹³⁸ DÖRRIES, Best-Interest-Standard, 116, 119.

¹³⁹ SAMW-Richtlinien Intensivmedizin, ad 1.3 betreffend Neonatologie/Pädiatrie; SAMW-Richtlinien Lebensende, ad 2.2.2.

¹⁴⁰ Ebenso der «best interests of the child»-Standard; vgl. zu den damit verbundenen Schwierigkeiten FREEMAN, Article 3, 3.

¹⁴¹ MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 210 f.

¹⁴² Vgl. DIEHL, Würde der Kinder als Patienten, 151, 169.

sen, über die es auch zu einem späteren Zeitpunkt, wenn es die Urteilsfähigkeit erlangt hat, noch entscheiden kann¹⁴³.

Noch stärker zukunftsbezogen ist das ethische Konzept des antizipierten Konsens, welches beispielsweise von JÜRGEN HABERMAS¹⁴⁴ vertreten wird: «Diese klinische Einstellung bezieht ihre legitimierende Kraft aus der begründeten kontrafaktischen Unterstellung eines möglichen Konsenses mit einem Anderen, der Ja oder Nein sagen kann. Damit verschiebt sich die normative Beweislast auf die Berechtigung zur Antizipation einer Zustimmung, die aktuell nicht eingeholt werden kann.» FRANK MATHWIG legt den Fokus, mindestens im Kontext der Forschung am Menschen, ebenfalls auf die zukünftige Möglichkeit zur Autonomie: «Praktisch bedeutet das, die konkret anfallenden Entscheidungen verbindlich am Massstab der kontrafaktisch unterstellten Autonomie und Selbstbestimmung der Person zu orientieren. Das ‚Wohl‘ jeder Person besteht darin, ein autonomes, selbst bestimmtes Leben führen zu können. Ist das punktuell oder längerfristig nicht der Fall, muss die Stellvertretung ihr Entscheiden und Handeln an dem Kriterium der Befähigung zu einem solchen Leben ausrichten, unabhängig davon, ob die Person dazu in der Lage ist, sein wird oder nicht. Der Kern dieses Prinzips besteht in zwei Grundeinsichten: Erstens, dass der Personenstatus unabhängig vom je konkreten Zustand einer Person gilt, und zweitens, dass jede Entscheidung Zukunft determiniert, ohne ein gesichertes Wissen über die Zukunft zu besitzen.»¹⁴⁵ Dass eine solch rigide Interpretation von stellvertretender Entscheidungskompetenz, welche auch die bloss hypothetische Möglichkeit von zukünftig vorhandener Autonomie ins Zentrum der Entscheidungsfindung rückt und keine Rücksicht auf die konkreten Zukunftsaussichten der real existierenden und betroffenen Person nimmt, unter Umständen bei Forschungsvorhaben gerechtfertigt sein kann, bei medizinischen Heilbehandlungen jedoch im Einzelfall gegen das Kindeswohl verstossen würde und somit nicht rechtliche Schranke der Entscheidungsfindung bilden kann, liegt auf der Hand¹⁴⁶.

Die Frage, ob sich Kindeswohl überhaupt abstrakt und losgelöst vom Elternwohl definieren lässt, stellt sich nicht nur, aber in besonderer Deutlichkeit bei medizinischen

¹⁴³ In diesem Sinne argumentieren z.B. BÜCHLER/COTTIER, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, 115, 128, bei geschlechtszuweisenden Operationen intersexueller Kinder; ebenso WERLEN, Kindesschutz, 1319, 1326; vgl. zu diesem Thema auch MATT, Das Recht auf eine offene Zukunft, 3 ff.; für das Zuwarten bei nicht dringend indizierten medizinischen Eingriffen plädieren auch AEBI-MÜLLER/TANNER, Das behinderte Kind im Zivilrecht, 81, 86; vgl. für Deutschland ROTHÄRMEL, Intersexualität, 274, 283, die zwar ein generelles Verbot geschlechtszuweisender Operationen bei Kleinkindern ablehnt, aber fordert, dass die Eingriffe in einer Form durchgeführt werden, welche eine spätere eigene Wahl des jungen Erwachsenen nicht vereiteln.

¹⁴⁴ Vgl. HABERMAS JÜRGEN, Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, Frankfurt am Main 2001, insb. 78 f.

¹⁴⁵ MATHWIG, Forschung am Menschen, 26.

¹⁴⁶ Kritisch zur Priorisierung der prospektiven Autonomie äussert sich auch WIESEMANN, Ethik der Elternschaft, 113 ff.

Behandlungsentscheiden. Verschiedene Krankheiten fordern die Eltern unterschiedlich stark und etliche Therapieformen kommen nicht ohne aufopfernde Mitarbeit der Eltern aus¹⁴⁷. Das Postulat der Kinderrechtsbewegung, Kinder nicht nur als «Werdende», sondern als «Seiende» zu begreifen, erfordert denn auch die verstärkte Berücksichtigung ihrer konkreten und aktuellen Lebenssituation, was unweigerlich die Einbeziehung der elterlichen Kompetenzen und Ressourcen in die Entscheidungsfindung notwendig macht¹⁴⁸. Recht geht primär von einer individuellen Perspektive aus, schützt die Rechtsposition einer konkreten Person. Kinder, welche während der Jahre ihres Aufwachsens in elementarer Abhängigkeit zu ihren Eltern stehen, befinden sich jedoch in einer speziellen Situation. So fordert die Medizinethikerin CLAUDIA WIESEMANN denn auch komplementär zur individualrechtlichen Perspektive eine neue Betrachtungsweise des Eltern-Kind-Verhältnisses, in der nicht die Autonomie des Kindes in Abgrenzung zu den Elternrechten im Vordergrund steht, sondern die Beziehung zwischen Eltern und Kind¹⁴⁹. Sie plädiert für ein beziehungsorientiertes Modell der Entscheidungsfindung (Beziehungsethik¹⁵⁰) anstelle des Modells des antizipierten Konsens¹⁵¹, bei dem sowohl Kindesinteressen als auch Elterninteressen und -ressourcen ihren Platz haben: «Die eindimensionale Entscheidungsmatrix des antizipierten Konsens versagt vor der Komplexität elterlicher Verantwortung. Anstelle der Wünsche und Werturteile einer einzigen, zukünftigen und daher virtuellen Person sind die aktuellen und komplexen Beziehungen von Eltern und Kindern Massstab angemessenen moralischen Handelns. Für Menschen, die innerhalb eines solchen Netzwerkes an Beziehungen leben, sind andere ethische Modelle vonnöten als das auf der Idee selbstbestimmter autonomer Individuen basierende Modell des individuellen Informed Consent.»¹⁵²

Dank der Unbestimmtheit des Begriffs des Kindeswohls steht die rechtliche Ordnung dieser Beziehungsethik grundsätzlich offen gegenüber, wenngleich der Begriff des Kindeswohls aufgrund der individualrechtlichen Perspektive des Rechts schwer-

¹⁴⁷ Vgl. auch DÖRRIES, Best-Interest Standard, 116, 119 m.H.

¹⁴⁸ Vgl. UDE-KOELLER/MÜLLER/WIESEMANN, Junge oder Mädchen, 63, 67, für das Problem der geschlechtszuweisenden Operationen: «Entscheidungsfindungen von so hoher Tragweite, wie sie bei der Behandlung oder auch Nichtbehandlung intersexueller Kinder anstehen, sind ohne Einbezug familiärer Denkstile, Wertmassstäbe und Lebensmuster schwer denkbar. [...] Das Wohl des Kindes und damit auch der erwachsenen Person, zu dem es sich einmal entwickeln wird, ist ein relationaler Wert, er wird nicht nur durch intraindividuelle sondern auch durch interindividuelle Faktoren bestimmt, an denen Eltern und Kind gleichermaßen Anteil haben.»

¹⁴⁹ WIESEMANN, Ethik der Elternschaft, 108.

¹⁵⁰ Vgl. auch den englischen Begriff der «relational autonomy» bei HERRING, Law and ethics, 127: «At the heart of this approach ist a rejection of the idea that we live our lives as unconnected individuals.»

¹⁵¹ WIESEMANN, Ethik der Elternschaft, 120 ff.; gemäss BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, 259, haben im Best Interest-Standard durchaus auch die Interessen der Eltern ihren Platz, soweit für das betroffene Kind die zwar nicht optimale, aber immer noch eine gute oder zumindest akzeptable Behandlung resultiert.

¹⁵² WIESEMANN, Ethik der Elternschaft, 122.

punktmässig immer aus der Optik des Kindes definiert werden muss. Der Einbezug elterlicher Interessen und Ressourcen in den Begriff des Kindeswohls findet jedenfalls dort seine Grenze, wo vom Wohle des Kindes eigentlich nicht mehr gesprochen werden kann und primär nur noch die Elterninteressen geschützt werden¹⁵³. Auch ein auf intensive Betreuung angewiesenes Kind hat ein grundrechtlich geschütztes Lebensrecht¹⁵⁴ und ist nicht einfach Teil seiner Eltern, die über sein Leben frei entscheiden können.

In besonderer Deutlichkeit stellt sich die Frage nach dem Kindeswohl und den Grenzen elterlicher Entscheidungskompetenz bei Behandlungsentscheiden bei Frühgeborenen an der Schwelle des (Über-)lebens oder schwerstkranken Neugeborenen¹⁵⁵. Wird die voraussichtliche zukünftige Lebensqualität des betroffenen Kindes in die Ermittlung des Kindeswohls einbezogen, relativiert sich das Interesse des Kindes am Überleben um jeden Preis¹⁵⁶ und es stellt sich die Frage, ob wirklich jede medizinisch machbare Behandlung durchgeführt werden soll. Angesichts der Ungewissheit zukünftiger Schädigungen und der Schwierigkeit, Lebensqualität prospektiv zu bewerten¹⁵⁷, lässt sich das Kindeswohl häufig nicht eindeutig bestimmen. Grundsätzlich

¹⁵³ Vgl. TSCHÜMPERLIN, *Elterliche Gewalt*, 89: «Das Kindeswohl hat also den Vorrang gegenüber den Interessen der Eltern.»; ebenso für den Best Interest-Standard BUCHANAN/BROCK, *Deciding for Others*, 259 f.; vgl. aber BÄNZIGER, *Sterbehilfe für Neugeborene*, 155; Die Vertreterinnen des Modells der beziehungsorientierten Entscheidungsfindung bleiben denn auch vorsichtig und halten fest, dass der elterlichen Entscheidung «keinesfalls egoistische Motive» zugrunde liegen dürfen. Die Massstäbe der Entscheidungsfindung seien «weder willkürlich noch beliebig, noch dürf[t]en sie sich einer externen Kontrolle entziehen; das Modell fusse auf einem «Ideal der Eltern-Kind-Beziehung»; UDE-KOELLER/MÜLLER/WIESEMANN, *Junge oder Mädchen*, 63, 68.

¹⁵⁴ BaslerKomm/SCHWARZENEGGER, *Vor Art. 111 StGB N 19*.

¹⁵⁵ Eine kritische Analyse der in diesem Zusammenhang zur Anwendung kommenden Richtlinien der SAMW findet sich bei MONA/RINGELMANN, *Sterbehilfe bei behinderten Kindern?*, 287, 301 ff.

¹⁵⁶ So jedenfalls die überwiegende Meinung; vgl. z.B. MANAI, *Pouvoir parental et droit médical*, 197, 213.

¹⁵⁷ Die Bewertung von Lebensqualität im Sinne einer Relativierung des Lebensschutzes ist grundsätzlich auch aus grundrechtlicher Perspektive nicht zulässig; vgl. dazu St. Galler Komm/SCHWEIZER, *Art. 10 BV N 9*; BaslerKomm/SCHWARZENEGGER, *Vor Art. 111 StGB N 19*; Mindestens bei Krankheiten, die mit unerträglichen Schmerzen einhergehen, ist der Einbezug der Lebensqualität m.E. jedoch unter dem Aspekt der Menschenwürde geboten; ausführlich zur Lebensqualität und den Möglichkeiten ihrer Bewertung BÄNZIGER, *Sterbehilfe für Neugeborene*, 73 ff.; differenzierend zum Problem äussern sich BUCHANAN/BROCK, *Deciding for Others*, 123 f., die zwei verschiedene Arten der Bewertung von Lebensqualität bei Behandlungsentscheiden unterscheiden: Unzulässig sei die Bewertung des Lebens im Vergleich zu anderen, zulässig hingegen die nur auf die betroffene Person bezogene, intrapersonale Bewertung ihrer eigenen Lebensqualität; vgl. auch die SAMW-Richtlinien *Palliative Care*, 8, betreffend Früh- und Neugeborene: «In die Entscheidung fliessen auch Überlegungen über mögliche Folgen des Überlebens des Kindes ein. Hierbei ist zu beachten, dass die Prognose in dieser Patientengruppe besonders schwierig zu erstellen ist.»

sind auch in dieser Situation die Eltern berechtigt, das Kindeswohl zu definieren¹⁵⁸ und daraus leitet ein Teil der Lehre das Recht der Eltern ab, den Abbruch einer Behandlung zu verlangen¹⁵⁹. Meines Erachtens zu Recht plädiert DOMINIQUE MANAI aber dafür, die Entscheidungskompetenz für den Abbruch einer lebensnotwendigen Behandlung nicht alleine den Eltern zu übertragen, da sie dazu aufgrund der emotionalen Situation in der Regel nicht in der Lage seien¹⁶⁰. Erforderlich sei eine gemeinsame Entscheidung von Eltern und behandelnden Ärzten¹⁶¹. Die Entscheidung über Leben und Tod übersteigt insbesondere dann, wenn die Erfolgsaussichten einer möglichen Behandlung ungewiss sind und durchaus die Hoffnung auf ein Leben mit akzeptabler Lebensqualität eröffnen, die elterliche Vertretungskompetenz bei weitem¹⁶², wird letztere doch durch die Achtung der Persönlichkeit des Kindes beschränkt¹⁶³. Zum Kernbereich der Persönlichkeit gehört jedoch die physische Existenz als Voraussetzung aller anderen Persönlichkeitsrechte.

Umstritten ist, ob die Eltern alleine einen Behandlungsabbruch verweigern können, der im Kindeswohl liegen würde, weil eine weitere Behandlung weder die Gesundheit ihres Kindes verbessern noch seine Leiden lindern könnte¹⁶⁴. Im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung ist bei Behandlungsentscheiden für extrem Frühgeborene oder schwerstbehinderte Kinder die Menschenwürde zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs Kindeswohl heranzuziehen (indirekte Drittwirkung)¹⁶⁵.

¹⁵⁸ Vgl. MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 213; für das deutsche Recht ROTHÄRMEL, Sterbebegleitung eines schwerstbehinderten Kindes, 193, 200 ff., die den Eltern eine sehr weitgehende Interpretationskompetenz des Kindeswohls zugestehen will.

¹⁵⁹ In zu weit gehender Weise plädiert CHRISTIAN BÄNZIGER gar dafür, dass den Eltern mindestens kurz nach der Geburt das Recht zukommen solle, zu verlangen, dass ihrem unerwünschten «körperlich und/oder geistig sehr schwer» behinderten Kind aktive Sterbehilfe geleistet werde; BÄNZIGER, Sterbehilfe für Neugeborene, 140.

¹⁶⁰ Vgl. auch BAUMANN, Neonatologie aus rechtlicher Sicht, 123, 138; vgl. aber für Deutschland ROTHÄRMEL, Sterbebegleitung eines schwerstbehinderten Kindes, 193, insb. 199 und 203, wo den Eltern eine sehr weit gehende Autonomie in der Behandlungsentscheidung zugesprochen wird.

¹⁶¹ MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 216 f.; vgl. auch SAMW-Richtlinien Lebensende, Ziff. 2.2.2; a.M. BÄNZIGER, Sterbehilfe für Neugeborene, 98 f.

¹⁶² Vgl. MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 212, die darauf hinweist, dass sich eine derartig weitreichende Entscheidungskompetenz über das Leben anderer nur im Eltern-Kind-Verhältnis finde; Das EJPD möchte die Frage, wer wann unter welchen Voraussetzungen zur Entscheidung befugt ist, bewusst offen lassen, bzw. die Regelung den Richtlinien der SAMW überlassen; vgl. dazu EJPD, Sterbehilfe, 24 f.; sowie Bericht Arbeitsgruppe Sterbehilfe, 50 f.: «Rücksprache, Überzeugung und Mittragen sind wahrscheinlich notwendiger als rechtliche Klarheit bei der Frage der Entscheidungskompetenz.»

¹⁶³ BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 301 ZGB N 2.

¹⁶⁴ Gegen ein «Vetorecht» der Eltern sprechen sich MONA/RINGELMANN, Sterbehilfe bei behinderten Kindern?, 287, 311, aus; a.M. MANAI, Droits du patient, 198; vgl. weiter Arbeitsgruppe Sterbehilfe, 50 ff.; GUILLOD/MEIER, Représentation privée, 325 ff.

¹⁶⁵ Zur indirekten Drittwirkung von Grundrechten HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 282; zu Inhalt und Bedeutung der Menschenwürde (Art. 7 BV) St. Galler Komm/MASTRONARDI, Art. 7 BV, insb. N 44.

Die Menschenwürde stellt dabei gleichsam den Kernbereich der Achtung der kindlichen Persönlichkeit dar. Im Einzelfall kann das Durchführen einer langwierigen, schmerzhaften und invasiven Behandlung bei infauster Prognose gegen die Menschenwürde verstossen¹⁶⁶, da nicht mehr das Kind als Subjekt mit eigenständigen Gefühlen und Bedürfnissen im Zentrum der Behandlung steht, sondern nur noch ein Teilaspekt seines Wesens, nämlich seine körperlichen Funktionen, im Fokus der Aufmerksamkeit steht und das Kind auf diese Weise instrumentalisiert wird¹⁶⁷.

C. Und wenn die Schranken elterlicher Entscheidungskompetenz übertreten werden?

Verweigern die Eltern die Einwilligung in eine medizinisch notwendige Behandlung und gefährdet diese Weigerung das Kindeswohl¹⁶⁸, können und müssen sich die Ärztinnen und Ärzte an die Vormundschaftsbehörde wenden¹⁶⁹. Die Vormundschaftsbehörde hat die Möglichkeit, Kindesschutzmassnahmen anzuordnen. Im Vordergrund steht dabei die Anweisung an die Eltern, die Einwilligung zu erteilen (Art. 307 Abs. 3 ZGB)¹⁷⁰. Weigern sich die Eltern, der Anweisung nachzukommen oder ist von vornherein klar, dass diese Massnahme nicht zum Ziel führen wird, muss die Vormundschaftsbehörde die elterliche Einwilligung ersetzen. Sie wird dem Kind einen Beistand bestellen (Art. 308 ZGB), der die Einwilligung anstelle der Eltern erteilt (Art. 308 Abs. 2 ZGB)¹⁷¹, oder direkt selber die erforderliche Einwilligung geben¹⁷². Reicht die Zeit im Notfall nicht aus, um die Einwilligung der Vormundschaftsbehörde einzuholen, darf die notwendige Behandlung auch gegen den erklärten elterlichen

¹⁶⁶ Vgl. auch MANAI, *Droits du patient*, 200 f.

¹⁶⁷ Vgl. die bedrückende Schilderung des Falls von «Baby Andrew» bei BUCHANAN/BROCK, *Deciding for Others*, 254 f.; zur Abwägung der Vor- und Nachteile einer intensivmedizinischen Behandlung die SAMW-Richtlinien Zerebral schwerst geschädigte Langzeitpatienten, Ziff. 1.1.3: «Dabei ist der voraussehbare Gewinn an Lebensfreude, Beziehungsmöglichkeiten und Erlebnisfähigkeit, der einem Kind durch eine volle medizinische Therapie ermöglicht werden kann, gegen die Belastung abzuwägen, die in Form von Schmerzen, Diskomfort und Einschränkungen mit dieser Therapie verbunden ist.»

¹⁶⁸ Dazu HEGNAUER, *Kindesrecht*, N 27.14.

¹⁶⁹ WIEGAND, *Aufklärungspflicht*, 119, 173; vgl. auch die SAMW-Richtlinien Selbstbestimmung, Ziff. 3, welche vor der Kontaktierung der Vormundschaftsbehörde die Ausschöpfung aller Möglichkeiten der Vermittlung (z.B. durch klinische Ethikkonsilien) verlangen; kritisch zur sachlichen Befähigung der häufig aus Laien bestehenden Vormundschaftsbehörden äussert sich BAUMANN, *Neonatologie aus rechtlicher Sicht*, 123, 133.

¹⁷⁰ HEGNAUER, *Kindesrecht*, N 27.16; BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 307 ZGB N 22; ferner WIEGAND, *Aufklärungspflicht*, 119, 173.

¹⁷¹ HEGNAUER, *Kindesrecht*, N 27.21; Unter Umständen muss den Eltern die Vertretungskompetenz in diesem Bereich entzogen werden (Art. 308 Abs. 3 ZGB); dazu BÜCHLER/VETTERLI, *Ehe Partnerschaft Kinder*, 248.

¹⁷² HEGNAUER, *Kindesrecht*, N 27.21; zur Zulässigkeit des ad hoc-Handelns WIEGAND, *Aufklärungspflicht*, 119, 173.

Willen durchgeführt werden¹⁷³, da «diesem Willen [...] infolge Überschreitens der Vertretungsmacht keine rechtliche Bedeutung mehr» zukommt¹⁷⁴.

V. Neuere Entwicklungen

Das Informed Consent-Prinzip als Garant des Persönlichkeitsschutzes des Patienten steht in jüngster Zeit vermehrt und nicht mehr nur aus ärztlicher Optik in der Kritik. Neben dem grundsätzlichen Vorwurf einer Überbetonung des Autonomieprinzips auf Kosten des Fürsorgeprinzips¹⁷⁵ zielt die Kritik insbesondere auf die Untauglichkeit des Informed Consent-Prinzips, die Persönlichkeitsrechte von urteilsunfähigen Personen (seien diese noch sehr jung oder schon sehr alt) zu schützen. Es wird bemängelt, dass das Informed Consent-Prinzip einwilligungsunfähige Patienten von einem Grossteil der Schutzwirkungen der Patientenrechte abschneide, da diese alle an die Einwilligung (und damit auch an die Einwilligungsfähigkeit) anknüpfen¹⁷⁶. SONJA ROTHÄRMEL schlägt deshalb vor, wenigstens einen Teil der Patientenrechte direkt an die Persönlichkeit des Patienten anzubinden und somit von der Einwilligungsfähigkeit unabhängig zu machen¹⁷⁷.

Schon seit einiger Zeit steht die Forderung nach Vetorechten für urteilsunfähige Patienten im Raum¹⁷⁸. Vetorechte sind Rechte, welche einer Person, die nicht gültig in einen medizinischen Eingriff einwilligen kann, mithin einwilligungsunfähig ist, die Ablehnung desselben erlauben. Zum Teil wird dabei vom «natürlichen Willen» der Person gesprochen¹⁷⁹, der aus Gründen der Menschenwürde zu beachten sei¹⁸⁰. Vetorechte haben auch in neuere schweizerische Gesetze Eingang gefunden. So verbietet z.B. Art. 13 Abs. 2 lit. h Transplantationsgesetz¹⁸¹ die Entnahme von regenerierba-

¹⁷³ MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 204; so auch die SAMW-Richtlinien Selbstbestimmung, Ziff. 3.

¹⁷⁴ WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 173.

¹⁷⁵ Vgl. z.B. HERRING, Law and ethics, 124 f. m.H.

¹⁷⁶ So ROTHÄRMEL/WOLFLAST/FEGERT, Informed Consent, passim.

¹⁷⁷ ROTHÄRMEL, Minderjährige, 199 ff.

¹⁷⁸ Insbesondere AMELUNG KNUT, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 22. Februar 1995, Berlin/New York 1995; eine Übersicht über die im deutschen Schrifttum vertretenen Vetorechts-Konzeptionen gibt ROTHÄRMEL, Minderjährige, 165 ff.

¹⁷⁹ Im schweizerischen Recht etwa MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 209; kritisch zu diesem Begriff äussert sich ROTHÄRMEL, Minderjährige, 169.

¹⁸⁰ Auf die beschränkte Anerkennung von Vetorechten läuft z.B. die Konzeption einer speziellen, von der Urteilsfähigkeit unabhängigen Selbstbestimmungsfähigkeit heraus, die BRÜCKNER, Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs, 451, 460 f., vertritt: «Aber bei Eingriffen ohne vitale Bedeutung und ohne Dringlichkeit und bei allen bloss pflegerischen Massnahmen ist der ablehnende faktische Wille des Urteilsunfähigen so weit als möglich zu respektieren.»

¹⁸¹ Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 8. Oktober 2004, SR 810.21, in Kraft seit dem 1. Juli 2007.

rem Gewebe oder Zellen, wenn Anzeichen dafür vorhanden sind, dass sich die urteilsunfähige Person einer Entnahme widersetzen würde. Weiter sieht das Heilmittelgesetz¹⁸² in Art. 55 Abs. 1 lit. d Vetorechte einwilligungsunfähiger Personen vor: Klinische Versuche mit Heilmitteln an unmündigen, entmündigten oder urteilsunfähigen Personen dürfen – neben anderen Voraussetzungen – nur durchgeführt werden wenn keine Anzeichen vorhanden sind, die erkennen lassen, dass sich urteilsunfähige Personen einer Teilnahme an einem Versuch widersetzen würden.

Vetorechte sollen primär die Objektierung des Menschen verhindern, dienen also der Menschenwürde. Es wird ein Unterschied gemacht zwischen einem medizinischen Eingriff ohne Zustimmung der betroffenen Person und einem Eingriff, der gegen ihren (natürlichen) Willen erfolgt¹⁸³. Indes bleibt trotz der hehren Zielsetzung die praktische Umsetzung unklar. So ist die Erforschung des «natürlichen Willens» einwilligungsunfähiger Personen mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden. Es stellt sich unweigerlich die Frage, wie intensiv der «natürliche Wille» geäußert werden muss, damit er als Ablehnung einer Behandlung zu werten ist. Die Zusprennung von Vetorechten an urteilsunfähige Patienten ist meines Erachtens nur bei solchen Eingriffen gerechtfertigt, die nicht in deren eigenem unmittelbaren Interesse liegen, wie dies beispielsweise bei Heilbehandlungen der Fall ist. Ansonsten entstünde die unhaltbare Situation, dass ein urteilsunfähiges Kleinkind beispielsweise durch die Abwehr von Spritzen oder Infusionen eine vital indizierte Therapie verweigern könnte¹⁸⁴.

Ausgehend von der Erkenntnis, dass sich unbestimmte Rechtsbegriffe wie Urteilsfähigkeit nur sehr begrenzt näher konkretisieren lassen und immer stark einzelfallabhängig bleiben und bleiben müssen sowie dass sich eine starre Festsetzung von Altersgrenzen bezüglich der Einwilligungsfähigkeit in medizinische Eingriffe zwar bestens mit dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit, aber nur sehr beschränkt mit der Forderung nach Einzelfallgerechtigkeit vereinbaren lässt, legt die neuere Literatur den Fokus nicht mehr primär auf die Einwilligungsfähigkeit und ihre Voraussetzungen, sondern versucht, minderjährigen Patienten unabhängig von ihrer Einwilligungsfähigkeit Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte, sog. Partizipationsrechte, zuzugestehen¹⁸⁵. Partizipation bedeutet dabei Teilhabe am Entscheidungsprozess und eröffnet somit einen dritten Weg zwischen Alleinentscheidung (Autonomie) und Fremdbestimmung. Im schweizerischen Recht lassen sich derartige Forderungen

¹⁸² Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000, SR 812.21.

¹⁸³ MANAI, Pouvoir parental et droit médical, 197, 209.

¹⁸⁴ BRÜCKNER, Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs, 451, 460, will die Verbotskompetenz allerdings auf nicht unmittelbar lebensrettende und dringliche Eingriffe beschränken; zu Vetorechten bei Heilbehandlungen nach deutschem Recht ROTHÄRMEL, Minderjährige, 177 ff.

¹⁸⁵ Vgl. dazu ROTHÄRMEL, Minderjährige, passim; vgl. auch DÖRRIES, Best-Interest Standard, 116, 126.

nach Partizipation gut auf Art. 12 Uno-Kinderrechtskonvention und Art. 301 Abs. 2 ZGB stützen. Dem urteilsfähigen Minderjährigen billigt das schweizerische Recht aufgrund von Art. 19 Abs. 2 ZGB allerdings in verbindlicher Weise das Selbstbestimmungsrecht über seinen eigenen Körper zu. Partizipationsrechte können in dieser Konstellation nicht an die Stelle von Selbstbestimmung treten¹⁸⁶.

Um die Forderung nach Partizipationsrechten für minderjährige Patienten auf eine empirische Grundlage zu stellen, werden Studien zur Ermittlung der Kompetenz von minderjährigen Patientinnen und Patienten und zu ihren tatsächlich vorhandenen Mitwirkungsbedürfnissen durchgeführt. Bislang war dies vor allem im anglo-amerikanischen Rechtsraum der Fall¹⁸⁷, in jüngster Zeit wurde aber auch in Deutschland eine entsprechende interdisziplinär angelegte Studie durchgeführt¹⁸⁸.

VI. Und das Fazit für den Fall Ashley?

Im Fall Ashley wäre nach schweizerischem Recht zusätzlich zu den allgemeinen Regeln der ärztlichen Behandlung und den zivilrechtlichen Schranken elterlicher Vertretungskompetenz im Hinblick auf die Hysterektomie auch das Sterilisationsgesetz¹⁸⁹ zu beachten. Es verbietet generell Sterilisationen von dauernd urteilsunfähigen Menschen unter 16 Jahren (Art. 7). Als Sterilisationen gelten dabei Eingriffe, welche die Fortpflanzungsfähigkeit einer Person auf Dauer aufheben (Art. 2 Abs. 1). Allerdings erstreckt sich der Geltungsbereich des Gesetzes nur auf Sterilisationen, die zu Verhütungszwecken erfolgen¹⁹⁰. Dies war bei Ashley eindeutig nicht der Fall, hätte sie doch – ausser durch Schändung¹⁹¹ – gar nicht schwanger werden können. Art. 2 Abs. 2 des Sterilisationsgesetzes nimmt zudem Heileingriffe, deren unvermeidliche Begleiterscheinung die Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit ist, ausdrücklich vom Geltungsbereich des Gesetzes aus. Ob es sich bei der bei Ashley vorgenommenen

¹⁸⁶ Ausführlich zu Partizipationsrechten und zum Selbstbestimmungsrecht von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen nach schweizerischem Recht MICHEL MARGOT, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, erscheint voraussichtlich 2008.

¹⁸⁷ Vgl. aus jüngerer Zeit insbesondere ALDERSON PRISCILLA, Children's Consent to Surgery, Buckingham/Bristol 1993; ALDERSON PRISCILLA, Choosing for Children. Parent's Consent to Surgery, Oxford/New York 1990.

¹⁸⁸ ROTHÄRMEL SONJA/DIPPOLD INES/WIETHOFF KATJA/WOLFSLAST GABRIELE/FEGERT JÖRG M., Patientenaufklärung, Informationsbedürfnis und Informationspraxis in der Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie. Eine interdisziplinäre Untersuchung zu Partizipationsrechten minderjähriger Patienten unter besonderer Berücksichtigung der Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie, Göttingen 2006.

¹⁸⁹ Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Sterilisationsgesetz) vom 17. Dezember 2004, SR 211.111.1.

¹⁹⁰ Vgl. die Umschreibung des Gegenstands des Sterilisationsgesetzes in Art. 1; vgl. dazu auch den Bericht Initiative Zwangssterilisationen, 6328.

¹⁹¹ Art. 191 StGB; dazu BaslerKomm/MAIER, Art. 191 StGB N 1 ff.

Hysterektomie um einen Heileingriff handelt, erscheint zwar durchaus zweifelhaft, bezweckt der Eingriff (die Entfernung eines an sich gesunden Organs) doch die Verhütung von zukünftig nur möglicherweise auftretenden Schmerzen, von denen unklar ist, ob ihnen Krankheitswert zukommt. Eine Gesamtbetrachtung ergibt meines Erachtens dennoch – insbesondere im Hinblick auf den Geltungsbereich des Gesetzes – dass das Sterilisationsgesetz auf den Fall Ashley nicht anwendbar wäre, ging es doch nicht darum, eine allfällige Schwangerschaft zu verhindern¹⁹². Es ist vielmehr nach den allgemeinen, oben skizzierten Regelungen vorzugehen, erscheint doch die körperliche Integrität im Allgemeinen als primär betroffenes Rechtsgut und nicht die Fortpflanzungsfähigkeit im Speziellen.

Mit Blick auf internationale Rechtsquellen ist ferner auf Art. 23 Uno-Kinderrechtskonvention hinzuweisen, welcher dem geistig oder körperlich behinderten Kind das Recht auf ein erfülltes und menschenwürdiges Leben unter Bedingungen zuspricht, welche seine Würde wahren, seine Selbständigkeit fördern und seine aktive Teilnahme am Leben der Gemeinschaft erleichtern (Abs. 1)¹⁹³. Zu beachten sind ferner Art. 10 und Art. 12 Uno-Pakt I¹⁹⁴. Die am 30. März 2007 von der UNO in New York zur Unterzeichnung aufgelegte Konvention über den Schutz und die Förderung der Rechte und der Würde von Personen mit Behinderungen¹⁹⁵ wurde von der Schweiz bislang noch nicht unterzeichnet.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Beantwortung der Frage, ob die Eltern von Ashley auch in der Schweiz gültig in eine solche Behandlung hätten einwilligen können, auf der einen Seite von der Qualifikation des in Frage stehenden Eingriffs in die körperliche Integrität abhängt. Je nachdem, ob der durchgeführten Behandlung ein Heilzweck im weitesten Sinne zugestanden wird oder ob sie als sittenwidriger schwerer Eingriff in die körperliche Integrität gewertet wird, sind die Eltern zur Einwilligung berechtigt oder nicht. Auf der anderen Seite hängt das elterliche Vertretungsrecht davon ab, ob der Eingriff als im Kindeswohl liegend beurteilt wird oder nicht. Ausgehend vom Primat der elterlichen Definitionsmacht bezüglich des Begriffs Kindeswohl kann der Eingriff jedenfalls nicht von vornherein als gegen das Kindeswohl verstossend gewertet werden, verband die Eltern doch mit Ashley im

¹⁹² Vgl. dazu den Bericht Initiative Zwangssterilisationen, 6328, wonach die Hysterektomie zu Verhütungszwecken aufgrund des qualifizierten Schweigens des Gesetzes ausgeschlossen sei, es sei denn, die Hysterektomie müsse als Nebenfolge eines Heileingriffes in Kauf genommen werden.

¹⁹³ Ob die Bestimmung als direkt anwendbar einzustufen ist, bleibt offen; vgl. zur direkten Anwendbarkeit der Uno-Kinderrechtskonvention SUTTER, Das behinderte Kind im Völkerrecht, 19, 30 f.

¹⁹⁴ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1. Die Normen des Uno-Pakt I sind in der Schweiz in der Regel nicht direkt anwendbar; BGE 121 V 246, 249 f.; eingehend zum Inhalt der Normen SUTTER, Das behinderte Kind im Völkerrecht, 19, 32 ff.

¹⁹⁵ Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Resolution A/RES/61/106.

Zeitpunkt der Einwilligung in die Behandlung eine sechsjährige enge pflegerische Beziehung.

Jedenfalls lässt sich feststellen, dass die Priorisierung der prospektiven Autonomie im vorliegenden Fall zu unbefriedigenden Ergebnissen führen würde – es liegt nicht im Kindeswohl, losgelöst von der aktuellen Lebenssituation ein abstraktes Recht auf eine offene Zukunft zu schützen, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht offen ist, sondern determiniert durch die physiologischen Gegebenheiten. Hier würde das Modell der beziehungsorientierten Entscheidungsfindung weiterhelfen, die Berücksichtigung der gelebten Eltern-Kind-Beziehung, um das Kindeswohl näher zu konkretisieren. Gegeneinander abgewogen werden müssten dann das Interesse von Ashley, weiterhin in ihrer gewohnten Umgebung bleiben zu können und so weit als möglich am Familienalltag teilnehmen zu können (was die elterlichen Ressourcen offenbar nur bei Durchführung der Behandlung erlauben würden) gegen ihr Interesse an körperlicher Unversehrtheit.

Die rechtliche Qualifikation der Behandlung und die Entscheidung darüber, ob sie im Kindeswohl liegt, wird wohl nicht zuletzt durch persönliche moralische Überzeugungen determiniert und stellt im Ergebnis eine Wertung dar. Ob schweizerische Gerichte im Fall Ashley die elterliche Entscheidung schützen oder die Behandlung als unzulässigen Eingriff in ihre körperliche Integrität qualifizieren würden, lässt sich deshalb nicht vorhersehen und hängt stark von den Umständen des Einzelfalls ab. Dabei wird wieder einmal offenbar, dass Recht in ethischen Grenzbereichen nur beschränkt eine Leitplankenfunktion zu übernehmen vermag.

Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA E./TANNER DEBORA, Das behinderte Kind im Zivilrecht, in: SPRECHER FRANZISKA/SUTTER PATRICK (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2006, 81 ff. (zit. AEBI-MÜLLER/TANNER, Das behinderte Kind im Zivilrecht).
- ALDERSON PRISCILLA, Die Autonomie des Kindes – über die Selbstbestimmungsfähigkeit von Kindern in der Medizin, in: WIESEMANN CLAUDIA/DÖRRIES ANDREA/WOLFSLAST GABRIELE/SIMON ALFRED (Hrsg.), Das Kind als Patient. Ethische Konflikte zwischen Kindeswohl und Kindeswille, Frankfurt/Main 2003, 28 ff. (zit. ALDERSON, Autonomie des Kindes).
- BAUMANN MAX, Probleme der Neonatologie aus rechtlicher Sicht – Ein Diskussionsvorschlag, in: Medizinisch-ethischer Arbeitskreis Neonatologie des Universitätsspitals Zürich (Hrsg.), An der Schwelle zum eigenen Leben. Lebensentscheide am Lebensanfang bei zu früh geborenen, kranken und behinderten Kindern in der Neonatologie, Bern/Berlin/Bruxelles u.a. 2002, 123 ff. (zit. BAUMANN, Neonatologie aus rechtlicher Sicht).
- BÄNZIGER CHRISTIAN, Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht, Diss., Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. BÄNZIGER, Sterbehilfe für Neugeborene).
- BELLING DETLEV W./EBERL CHRISTINA/MICHLIK FRANK, Das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen. Eine rechtsvergleichende Studie zum amerikanischen, englischen und deutschen Recht, Neuwied/Kriftel/Berlin 1994 (zit. BELLING/EBERL/MICHLIK, Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger).

- BERTRAND DOMINIQUE, Consentement à l'acte médical et refus de traitement, in: BERTRAND DOMINIQUE/HARDING TIMOTHY-W./LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE (Hrsg.), *Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales*, Médecine et Hygiène, 2. Aufl., Chêne-Bourg 2003, 89 ff. (zit. BERTRAND, Consentement).
- BIAGGINI GIOVANNI, Wie sind Kinderrechte in der Schweiz geschützt? Tragweite, Umsetzung und Durchsetzung des Übereinkommens in der Schweiz, Bedeutung des «Kinderschutz-Artikels» (Art. 11) der neuen Bundesverfassung, in: GERBER JENNI REGULA/HAUSAMMANN CHRISTINA (Hrsg.), *Die Rechte des Kindes. Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz*, Basel/Genf/München 2001, 25 ff. (zit. BIAGGINI, Kinderrechte in der Schweiz).
- BRAUCHLI ANDREAS, *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts*, Diss., Zürich 1982 (zit. BRAUCHLI, Kindeswohl).
- BREEN CLAIRE, *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, The Hague/London/New York 2002 (zit. BREEN, Best Interests of the Child).
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Die Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs in die körperliche Integrität gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB, ZSR, Bd. 140 (1999), 451 ff. (zit. BRÜCKNER, Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs).
- BUCHANAN ALLEN E./BROCK DAN W., *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge/New York/Port Chester u.a. 1989 (zit. BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others).
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Intersexualität, Transsexualität und das Recht. Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption, in: *Queering Gender – Queering Society*, Freiburger FrauenStudien, Zeitschrift für Interdisziplinäre Frauenforschung, Freiburg 2005, 115 ff. (zit. BÜCHLER/COTTIER, Intersexualität, Transsexualität und das Recht).
- BÜCHLER ANDREA/VETTERLI ROLF, *Ehe Partnerschaft Kinder. Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz*, Basel 2007 (zit. BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder).
- DIEHL ULRICH, Über die Würde der Kinder als Patienten – das Prinzip der Menschenwürde in der Medizinethik am Beispiel der Pädiatrie, in: WIESEMANN CLAUDIA/DÖRRIES ANDREA/WOLFSLAST GABRIELE/SIMON ALFRED (Hrsg.), *Das Kind als Patient. Ethische Konflikte zwischen Kindeswohl und Kindeswille*, Frankfurt/Main 2003, 151 ff. (zit. DIEHL, Würde der Kinder als Patienten).
- DÖRRIES ANDREA, Der Best-Interest-Standard in der Pädiatrie – theoretische Konzeption und klinische Anwendung, in: WIESEMANN CLAUDIA/DÖRRIES ANDREA/WOLFSLAST GABRIELE/SIMON ALFRED (Hrsg.), *Das Kind als Patient. Ethische Konflikte zwischen Kindeswohl und Kindeswille*, Frankfurt/Main 2003, 116 ff. (zit. DÖRRIES, Best-Interest Standard).
- FREEMAN MICHAEL, Article 3. The Best Interests of the Child. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden/Boston 2007 (zit. FREEMAN, Article 3).
- GEISER THOMAS, *Einwilligung in die Behandlung insbesondere bei urteilsunfähigen Patient(inn)en*, St. Gallen 2003 (zit. GEISER, Einwilligung).
- GENNA ANTON, *Rechtliche Aspekte der stationären psychiatrischen Behandlung von Kindern und Jugendlichen*, ZVW 2000, 91 ff. (zit. GENNA, Rechtliche Aspekte).
- GERSTE RONALD D., «Fall Ashley». Ein ethisches Dilemma, *Deutsches Ärzteblatt*, Jg. 104, Heft 3, 19. Januar 2007, 94 ff.
- GUILLOD OLIVIER/MEIER PHILIPPE, Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux, in: GAUCH PETER/SCHMID JÖRG/STEINAUER PAUL-HENRI/TERCIER PIERRE/WERRO FRANZ (Hrsg.), *Familie und Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für*

- Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, 325 ff. (zit. GUILLOD/MEIER, Représentation privée).
- GUILLOD OLIVIER, Le droit médical: Quelques (r)évolutions récentes, in: BERTRAND DOMINIQUE/HARDING TIMOTHY-W./LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE (Hrsg.), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, Médecine et Hygiène, 2. Aufl., Chêne-Bourg 2003, 25 ff. (zit. GUILLOD, Le droit médical).
- HÄNNI PETER/BELSER EVA MARIA, Die Rechte der Kinder. Zu den Grundrechten Minderjähriger und der Schwierigkeit ihrer rechtlichen Durchsetzung, AJP 1998, 139 ff. (zit. HÄNNI/BELSER, Die Rechte der Kinder).
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2007 (zit. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht).
- HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999 (zit. HEGNAUER, Kindesrecht).
- HONSELL HEINRICH, Die Aufklärung des Patienten über therapeutische Alternativen und Behandlungskosten, SJZ 2006, 401 ff. (zit. HONSELL, Aufklärung).
- JAAG TOBIAS, Europarecht. Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. JAAG, Europarecht).
- KOPELMAN LORETTA M., The Best-Interest Standard as Threshold, Ideal, and Standard of Reasonableness, in: FREEMAN MICHAEL (Hrsg.), Children, Medicine and the Law, Aldershot 2005, 425 ff. (zit. KOPELMAN, Best-Interest Standard).
- LÜCKER-BABEL MARIE-FRANÇOISE, Bedeutung und Auswirkung der UNO-Kinderrechtekonvention, in: GERBER JENNI REGULA/HAUSAMMANN CHRISTINA (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel/Genf/München 2001, 9 ff. (zit. LÜCKER-BABEL, UNO-Kinderrechtekonvention).
- LIAO MATTHEW/SAVULESCU JULIAN/SHEEHAN MARK, The Ashley Treatment: Best Interests, Convenience and Parental Decision Making, Hastings Center Report March-April 2007, 16 ff. (zit. LIAO/SAVULESCU/SHEEHAN, The Ashley Treatment).
- LÜCKER-BABEL MARIE-FRANÇOISE, L'influence des droits de l'enfant sur la pratique médicale, in: BERTRAND DOMINIQUE/HARDING TIMOTHY-W./LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE (Hrsg.), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2. Aufl., Médecine et Hygiène, Chêne-Bourg 2003, 314 ff. (zit. LÜCKER-BABEL, Droits de l'enfant).
- MANAI DOMINIQUE, Pouvoir parental et droit médical, FamPra.ch 2002, 197 ff. (zit. MANAI, Pouvoir parental et droit médical).
- MANDOFIA BERNEY MARINA, Mineur et conflit parental quant au traitement proposé, in: BERTRAND DOMINIQUE/HARDING TIMOTHY-W./LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE, Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2. Aufl., Médecine et Hygiène, Chêne-Bourg 2003, 322 ff. (zit. MANDOFIA BERNEY, Mineur et conflit parental).
- MATHWIG FRANK, Forschung am Menschen. Zwischen Menschenwürdeschutz und Forschungsfreiheit, hrsg. vom Schweizerischen Evangelischen Kirchenbund SEK, Bern 2006 (zit. MATHWIG, Forschung am Menschen).
- MATT EVA, Das Recht auf eine offene Zukunft. Überlegungen zur medizinischen Normalisierung intersexueller Kinder, juridikum 2006, 144 ff. (zit. MATT, Recht auf eine offene Zukunft).
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Über Entwicklung, Inhalt und Strukturelement des Kindsrechts. Eine Gegenüberstellung von Schweizer Recht und UNO-Konvention, AJP 1993, 1035 ff. (zit. MEIER-SCHATZ, Schweizer Recht und UNO-Konvention).

- MONA MARTINO/RINGELMANN CHRISTOPH, Sterbehilfe bei behinderten Kindern?, in: SPRECHER FRANZISKA/SUTTER PATRICK (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2006, 287 ff. (zit. MONA/RINGELMANN, Sterbehilfe bei behinderten Kindern?).
- NAVAS NAVARRO SUSANA, Le bien-être de l'enfant, FamPra.ch 2004, 265 ff. (zit. NAVAS NAVARRO, Le bien-être de l'enfant).
- NIETHAMMER DIETRICH, Kinder im Angesicht ihres Todes, in: WIESEMANN CLAUDIA/DÖRRIES ANDREA/WOLFSLAST GABRIELE/SIMON ALFRED (Hrsg.), Das Kind als Patient. Ethische Konflikte zwischen Kindeswohl und Kindeswille, Frankfurt/New York 2003, 92 ff. (zit. NIETHAMMER, Kinder).
- REHBERG JÖRG, Arzt und Strafrecht, in: HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 303 ff. (zit. REHBERG, Arzt und Strafrecht).
- RIEMER HANS MICHAEL, Die Vertretung bei der Ausübung von Rechten, die unmündigen oder unter einer vormundschaftlichen Massnahme stehenden Personen «um ihrer Persönlichkeit willen zu stehen», ZVW 1998, 216 ff. (zit. RIEMER, Vertretung bei höchstpersönlichen Rechten).
- RIXEN STEPHAN, Das todkranke Kind zwischen Eltern und Arzt. Ein Überblick über die rechtliche Problematik der Therapie lebensbedrohlicher Erkrankungen nichteinwilligungsfähiger Minderjähriger, MedR 1997, 351 ff. (zit. RIXEN, Kind zwischen Eltern und Arzt).
- ROTHÄRMEL SONJA, Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität, MedR 2006, 274 ff. (zit. ROTHÄRMEL, Intersexualität).
- ROTHÄRMEL SONJA, Perinatale Sterbebegleitung eines schwerstbehinderten Kindes bei infauster Prognose der extrauterinen Lebensfähigkeit – Welchen Stellenwert hat der Elternwille im stationären Klinikalltag?, Fallkommentar, Ethik Med 2001, 193 ff. (zit. ROTHÄRMEL, Sterbebegleitung eines schwerstbehinderten Kindes).
- ROTHÄRMEL SONJA/WOLFSLAST GABRIELE/FEGERT JÖRG MICHAEL, Informed Consent, ein kinderfeindliches Konzept?, MedR 1999, 293 ff. (zit. ROTHÄRMEL/WOLFSLAST/FEGERT, Informed Consent).
- ROTHÄRMEL SONJA, Die Einwilligungsfähigkeit – ein janusköpfiges Institut, in: FEGERT JÖRG MICHAEL/HÄSSLER FRANK/ROTHÄRMEL SONJA (Hrsg.), Atypische Neuroleptika in der Jugendpsychiatrie, Stuttgart/New York 1999, 31 ff. (zit. ROTHÄRMEL, Einwilligungsfähigkeit).
- SCHWEIZER RAINER J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG-PAUL (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001 (zit. SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz).
- SCHWENZER INGEBORG, Gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern für unmündige Kinder – Notwendigkeit oder Relikt patriarchalischer Familienstruktur?, in: GAUCH PETER/SCHMID JÖRG/STEINAUER PAUL-HENRI/TERCIER PIERRE/WERRO FRANZ (Hrsg.), Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, 679 ff. (zit. SCHWENZER, Gesetzliche Vertretungsmacht).
- SUTTER PATRICK, Das behinderte Kind im Völkerrecht, in: SPRECHER FRANZISKA/SUTTER PATRICK (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2006, 19 ff. (zit. SUTTER, Das behinderte Kind im Völkerrecht).
- TSCHÜMPERLIN URS, Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes (Art. 301 bis 303 ZGB), Diss., Freiburg 1989 (zit. TSCHÜMPERLIN, Elterliche Gewalt).
- UDE-KOELLER SUSANNE/MÜLLER LUISE/WIESEMANN CLAUDIA, Junge oder Mädchen? Elternwunsch, Geschlechtswahl und geschlechtskorrigierende Operationen bei Kindern mit Störungen der Geschlechtsentwicklung, Ethik Med 2006, 63 ff. (zit. UDE-KOELLER/MÜLLER/WIESEMANN, Junge oder Mädchen).
- WERLEN MIRJAM, Kindesschutz für Kinder mit bei der Geburt nicht klar zuweisbarem Geschlecht, AJP 2004, 1319 ff. (zit. WERLEN, Kindesschutz).

- WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 119 ff. (zit. WIEGAND, Aufklärungspflicht).
- WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung. Eine Standortbestimmung anlässlich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, recht 1993, 149 ff. (zit. WIEGAND, Standortbestimmung).
- WIEGAND WOLFGANG/ABEGGLEN SANDRO, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung. Modalitäten der Aufklärung und Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht, recht 1993, 189 ff. (zit. WIEGAND/ABEGGLEN, Modalitäten der Aufklärung).
- WIESEMANN CLAUDIA, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen. Eine Ethik der Elternschaft, München 2006 (zit. WIESEMANN, Ethik der Elternschaft).
- WOLF JOACHIM, The Concept of the 'Best Interest' in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child, in: FREEMAN MICHAEL/VEERMAN PHILIP (Hrsg.), The Ideologies of Children's Rights, Dordrecht 1992, 125 ff. (zit. J. WOLF, The Concept of the 'Best Interest').
- WOLF STEPHAN, Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, ZBJV 1998, 113 ff. (zit. S. WOLF, Uno-Konvention über die Rechte des Kindes).
- WYTENBACH JUDITH, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat. Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV), Basel/Genf/München 2006 (zit. WYTENBACH, Grundrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat).
- WYTENBACH JUDITH, Wer definiert das Kindeswohl? Das Kindeswohl, der Staat und die Definitionsmacht der Eltern aus grund- und menschenrechtlicher Sicht, in: KAUFMANN CLAUDIA/ZIEGLER FRANZ (Hrsg.), Kindeswohl – Eine interdisziplinäre Sicht, Zürich/Chur 2003, 39 ff. (zit. WYTENBACH, Kindeswohl).
- ZERMATTEN JEAN, The Best Interests of the Child. From the Literal Analysis to the Philosophical Scope, Institut International des Droits de l'Enfant, Working report 3-2003 (zit. ZERMATTEN, The Best Interests of the Child).
- ZERMATTEN JEAN, L'intérêt supérieur de l'Enfant, in: KAUFMANN CLAUDIA/ZIEGLER FRANZ (Hrsg.), Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Sicht, Zürich/Chur 2003, 289 ff. (zit. ZERMATTEN, L'intérêt supérieur de l'Enfant).

Materialienverzeichnis

- Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative «Zwangssterilisationen. Entschädigung für Opfer (Initiative von Felten)» vom 23. Juni 2003, BBl 2003, 6311 ff. (zit. Bericht Initiative Zwangssterilisationen).
- Botschaft betreffend das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) und das Zusatzprotokoll vom 12. Januar 1998 über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen vom 12. September 2001, BBl 2002 271 ff. (zit. Botschaft Biomedizin-Konvention).
- Europarat, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, Übersetzung aus dem Französischen; <[http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/bioethics/texts_and_documents/DIRJUR\(97\)5_German.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/bioethics/texts_and_documents/DIRJUR(97)5_German.pdf)> (besucht am 22. August 2007; zit. Europarat, Erläuternder Bericht).
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Sterbehilfe und Palliativmedizin – Handlungsbedarf für den Bund?, 24. April 2006, Bern (zit. EJPD, Sterbehilfe).

Sterbehilfe, Bericht der Arbeitsgruppe an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, März 1999 (zit. Bericht Arbeitsgruppe Sterbehilfe).

Richtlinien der SAMW

Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten (zit. SAMW-Richtlinien Zerebral schwerst geschädigte Langzeitpatienten).

Grenzfragen der Intensivmedizin (zit. SAMW-Richtlinien Intensivmedizin).

Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung (zit. SAMW-Richtlinien Selbstbestimmung)

Palliative Care (zit. SAMW-Richtlinien Palliative Care).